



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Programa de Doctorado de Ciencias Sociales y Jurídicas

TESIS DOCTORAL

**La protección de la maternidad en el
ordenamiento jurídico laboral: avances y retos
en las tutelas preventiva, laboral y prestacional**

**Maternity protection in the labor legal system: advances and
challenges in preventive, labor and social benefits**

Pablo López Roldán

Director: Prof. Dr. Federico Navarro Nieto

- Octubre de 2021 -

TITULO: *La protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: avances y retos en las tutelas preventiva, laboral y prestacional*

AUTOR: *Pablo López Roldán*

© Edita: UCOPress. 2022
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

<https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/ucopress@uco.es>



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA



Facultad de Ciencias del Trabajo

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Programa de Doctorado de Ciencias Sociales y Jurídicas

La protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: avances y retos en las tutelas preventiva, laboral y prestacional

Memoria de tesis doctoral presentada por

Pablo López Roldán

DIRECTOR

Prof. Dr. Federico Navarro Nieto

Córdoba, octubre de 2021

NOTA ACLARATORIA

Uso del masculino en referencia a personas de ambos sexos

La utilización en esta tesis del masculino plural cuando nos referimos a mujeres y hombres en el trabajo como colectivo no tiene intención discriminatoria alguna, sino la aplicación de la ley lingüística de la economía expresiva, para facilitar la lectura con el menor esfuerzo posible, dada la abundancia de datos. Refiriéndonos explícitamente a trabajadores y trabajadoras cuando la comparación entre sexos sea relevante en el contexto.



TÍTULO DE LA TESIS: La protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: avances y retos en las tutelas preventiva, laboral y prestacional.

DOCTORANDO: Pablo López Roldán.

INFORME RAZONADO DEL DIRECTOR DE LA TESIS

El profesor Dr. FEDERICO NAVARRO NIETO, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba, como director de la tesis doctoral citada en el encabezado de este documento,

INFORMA

Que el doctorando D. PABLO LÓPEZ ROLDÁN ha finalizado satisfactoriamente su formación académica en el Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Córdoba, cubriendo todas las fases y etapas previstas en el trabajo de investigación presentado.

El doctorando ha estudiado, con la profundidad que corresponde a este tipo de trabajos de investigación la temática objeto de la tesis, en todas las vertientes de relevancia, con la adecuada atención y tratamiento de los textos legales, documentos e informes, jurisprudencia y bibliografía.

La amplitud de todos estos materiales no ha impedido un análisis sistemático y clarificador del estado de las diferentes cuestiones planteadas al día de hoy, añadiendo al análisis planteamientos y propuestas interpretativas o de *lege ferenda* que acreditan la asimilación de los distintos materiales y el rigor en el análisis.

Adicionalmente, y siguiendo las directrices del Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas ha desarrollado un plan de las actividades contempladas en el plan de formación, que se han concretado en una participación constante en seminarios, reuniones científicas y congresos relacionados con la temática de la tesis, entre los que cabe citar:

BADAJOS URBANO, B., PALOMARES GARCÍA, F.A., LÓPEZ-ROLDÁN, P., POBLETE TAMARA, M., TORRALBO PÉREZ, F.J., ALFÉREZ MEJÍAS, C., “Trabajadores especialmente sensibles: experiencia de intervención en la Universidad de Córdoba”, IV Simposio Andaluz de Medicina y Seguridad en el Trabajo. Asociación Andaluza de Medicina y Seguridad en el Trabajo. Córdoba, 24 y 25 de marzo de 2011.

LÓPEZ-ROLDÁN, P., NAVARRO NIETO, F., “La protección de la maternidad y paternidad en el ordenamiento jurídico laboral: hacia la corresponsabilidad en el cuidado de los

menores”, VIII Congreso Científico de Investigadores en Formación de la Universidad de Córdoba. Córdoba, 18 y 19 de febrero de 2020.

LÓPEZ-ROLDÁN, P., NAVARRO NIETO, F., “Los reconocimientos médicos específicos en el ámbito laboral: obligatoriedad vs. voluntariedad”, VI Congreso Científico de Investigadores en Formación de la Universidad de Córdoba. Córdoba, 18 y 19 de enero de 2018.

LÓPEZ-ROLDÁN, P., NAVARRO NIETO, F., “La vigilancia periódica de la salud de la mujer embarazada o en situación de lactancia natural: propuesta de historia clínica-laboral”. XVIII Jornadas Intercongresos de la Sociedad Española de Medicina y Seguridad en el Trabajo y VI Simposio de la Asociación Andaluza de Medicina y Seguridad en el Trabajo. Córdoba, 8 y 9 de junio de 2018.

POBLETE TAMARA, M., LÓPEZ-ROLDÁN, P., TENDERO LLORCA, L., VAQUERO ABELLÁN, M., “Promoción de la salud en la Universidad de Córdoba: actuaciones en trabajadores especialmente sensibles”, IV Simposio Andaluz de Medicina y Seguridad en el Trabajo. Asociación Andaluza de Medicina y Seguridad en el Trabajo. Córdoba, 24 y 25 de marzo de 2011.

Resulta particularmente relevante la publicación de distintos estudios en revista de primer orden en el ámbito jurídico español, como las siguientes:

LÓPEZ-ROLDÁN, P., “Evaluación de riesgos laborales y protección de la maternidad: un análisis preventivo”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 229, 2020, págs. 219-248.

LÓPEZ-ROLDÁN, P., “La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural al empresario: un análisis laboral y preventivo”, Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, núm. 144, 2018, págs. 89-116.

LÓPEZ-ROLDÁN, P., VAQUERO ABELLÁN, M., ROMERO SALDAÑA, M., MELÉNDEZ LÓPEZ, A., MOLINA RECIO, G., VAQUERO GONZÁLEZ, F., PORTERO DE LA CRUZ, S., CHACÓN QUINTERO, R., “DVD Interactivo: equipos de protección individual. Material didáctico con un enfoque de género”, Laboratorio Observatorio Andaluz de Condiciones de Trabajo desde una Perspectiva de Género (LAOGEN). Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. Consejería de Empleo, Empresa y Comercio. Junta de Andalucía. Córdoba, 2016.

MONTERO SIMÓ, R., LÓPEZ-ROLDÁN, P., TENDERO LLORCA, L., “Guía de buenas prácticas en Prevención de Riesgos Laborales desde una perspectiva de género: embarazo y lactancia”, Laboratorio Observatorio Andaluz de Condiciones de Trabajo desde una Perspectiva de Género (LAOGEN). Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. Consejería de Empleo. Junta de Andalucía. Córdoba, 2012.

MONTERO SIMÓ, R., LÓPEZ-ROLDÁN, P., TENDERO LLORCA, L., “Guía de buenas prácticas en Prevención de Riesgos Laborales desde una perspectiva de género. Sector agroalimentario: conservas”, Laboratorio Observatorio Andaluz de Condiciones de Trabajo desde una Perspectiva de Género (LAOGEN). Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. Consejería de Empleo. Junta de Andalucía. Córdoba, 2012.

VAQUERO ABELLÁN, M., LÓPEZ-ROLDÁN, P., VAQUERO GONZÁLEZ, F., ROMERO SALDAÑA, M., MOLINA RECIO, G., MELÉNDEZ LÓPEZ, A., PORTERO DE LA CRUZ, S.,

CHACÓN QUINTERO, R., "Análisis de los equipos de protección individual según una perspectiva de género", Laboratorio Observatorio Andaluz de Condiciones de Trabajo desde una Perspectiva de Género (LAOGEN). Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. Consejería de Empleo, Empresa y Comercio. Junta de Andalucía. Córdoba, 2016.

Por todo ello, se autoriza la presentación de esta tesis doctoral, para su defensa ante el Tribunal correspondiente.

Córdoba, a 21 de julio de 2021.

Firmado por NAVARRO NIETO FEDERICO - 30484503G el día 21/07/2021 con un certificado emitido por AC FNMT Usuarios

Fdo.: Prof. Dr. Federico Navarro Nieto.

A Fernando

A mi madre (“In memoriam”)

A mi familia

Agradecimientos

Me gustaría aprovechar estas líneas para mostrar mi agradecimiento a todas aquellas personas que, con su trabajo o apoyo, han hecho posible esta tesis doctoral.

En primer lugar, quiero agradecer a mi director de tesis, el Prof. Dr. Federico Navarro Nieto, la confianza que ha depositado en mí, sus enseñanzas y, sobre todo, la paciencia que ha tenido en todo este proceso.

Igualmente, quiero agradecer al resto de miembros del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en especial a la Prof^a. Dra. M^a José Rodríguez Crespo, por animarme a continuar con mi trabajo y enseñarme que la investigación es una carrera de fondo.

Le doy las gracias al Prof. Dr. Manuel Vaquero Abellán, como uno de los principales responsables que propició mis comienzos en la tesis y me animó a escribir trabajos de investigación. Gracias por preguntarme, casi a diario, por el estado de la tesis.

A la Prof^a. Dra. M^a Luisa Calero Vaquera, le quiero dar las gracias por entender y apoyar mis inquietudes profesionales y por hacerme tan llevadero mi paso por la Facultad de Filosofía y Letras.

También quiero mostrar mi agradecimiento a los compañeros de la Biblioteca Universitaria, tanto del Servicio de Acceso al Documento, Remedios y José Antonio, como de la propia Facultad de Ciencias del Trabajo, Cristina, Adela, Tomás y Juan. Quiero daros las gracias por todo el tiempo que habéis dedicado a atender mis peticiones de artículos y libros, que no han sido pocas.

También quiero agradecer el apoyo de mis compañeros del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Universidad de Córdoba, Paco, Cristóbal, M^a José, Fernando, M^a Carmen y Cristina, por animarme siempre a continuar con esta tesis y darme apoyo en todo momento.

Quiero darle las gracias a mi familia de Córdoba y de Madrid, que han sabido disculpar mis ausencias en momentos especiales. Por supuesto, no quiero olvidarme de los más pequeños, mis diecisiete sobrinos y uno que viene de camino, en especial a Sergio y Álvaro, mis ahijados.

A Fernando, por ser el principal responsable de que este trabajo llegara a buen puerto, estando incondicionalmente siempre a mi lado, en los buenos y malos momentos, animándome siempre a continuar. Le doy las gracias por todos los esfuerzos que ha hecho, por su ayuda y, principalmente por hacerme feliz. Por todo eso, este trabajo también es suyo.

A todos ellos, muchas gracias de corazón.

Nunca he creído que por ser mujer deba tener tratos especiales, de creerlo estaría reconociendo que soy inferior a los hombres y no soy inferior a ninguno de ellos

Maria Salomea Skłodowska-Curie (1867-1934)

Científica

**Ganadora de dos Premios Nobel, en Física
(1903) y Química (1911)**

LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL: AVANCES Y RETOS EN LAS TUTELAS PREVENTIVA, LABORAL Y PRESTACIONAL

ÍNDICE

	Página
RESUMEN	25

INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES GENERALES

I. PRESENTACIÓN DE LA TESIS Y DEL TEMA DE LA INVESTIGACIÓN.....	31
II. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO Y ESTADO DE LA CUESTIÓN	31
III. INDICADORES SOCIOLABORALES EN MATERIA DE MATERNIDAD	33
III. A. Indicadores básicos	34
III. B. Indicadores del mercado laboral	37
III. C. Indicadores en materia de prestaciones y pensiones de la Seguridad Social	46
III. D. Indicadores en materia de cuidados, conciliación, corresponsabilidad y doble jornada.....	56
III. E. Conclusiones	62
IV. OBJETIVOS E HIPÓTESIS DEL ESTUDIO	64
V. METODOLOGÍA Y RECURSOS EMPLEADOS EN LA INVESTIGACIÓN	65
VI. ESTRUCTURA DE LA TESIS Y RESULTADOS OBTENIDOS	69
VII. ACRÓNIMOS MÁS UTILIZADOS	71

CAPÍTULO 1

LA MUJER TRABAJADORA COMO SUJETO DE PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL: LA MATERNIDAD COMO HECHO CAUSANTE

1.1. INTRODUCCIÓN	75
1.2. LA MUJER EN EL TRABAJO: CONDICIONES LABORALES Y MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE TRATO EN EL EMPLEO.....	76
1.2.1. Reformas del marco jurídico.....	77

1.2.2. Igualdad de remuneración y brecha salarial de género.....	84
1.2.3. La brecha de género en el ordenamiento de la Seguridad Social	88
1.2.4. La corresponsabilidad en el ámbito familiar como medio para lograr la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.....	90
1.2.5. Las políticas activas de empleo destinadas a mujeres	92
1.2.6. La maternidad en el ámbito laboral.....	93
1.3. DEFINICIONES.....	95
1.4. LA TRIPLE TUTELA DE LA MUJER TRABAJADORA DURANTE LAS SITUACIONES RELACIONADAS CON LA MATERNIDAD: PREVENTIVA, LABORAL Y PRESTACIONAL.....	108
1.4.1. Trabajadoras especialmente sensibles ante los riesgos derivados del trabajo	109
1.4.2. La prohibición de discriminación en el acceso al empleo, durante la prestación laboral y frente a la extinción del contrato de trabajo	114
1.4.3. La garantía de acceso a prestaciones suficientes durante las situaciones relacionadas con la maternidad	115
1.5. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES.....	118

CAPÍTULO 2

LA ACCIÓN PREVENTIVA Y PROTECTORA DE LA MATERNIDAD FRENTE A LOS RIESGOS DERIVADOS DEL TRABAJO

2.1. INTRODUCCIÓN	125
2.2. LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD. LOS CONVENIOS Y LAS RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO	127
2.2.1. Las disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)	127
2.2.2. Otras normas y acuerdos internacionales.....	142
2.3. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO. LA TRANSPOSICIÓN DE NORMAS EUROPEAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	146
2.3.1. La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992	151
2.4. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS, PROTECTORAS Y PROMOTORAS DE LA SALUD EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.....	162

2.4.1. Aproximación histórico-normativa.....	163
2.4.1.1. Evolución normativa.....	163
2.4.1.2. Historia reciente. El marco constitucional.....	171
2.4.1.3. Marco normativo vigente.....	173
2.4.2. La acción preventiva.....	174
2.4.2.1. La eliminación de los riesgos laborales. Aplicación de los principios de la acción preventiva.	176
2.4.2.2. La importancia de la evaluación de los riesgos laborales a los que se encuentra expuesta la trabajadora. De la evaluación genérica del puesto a la evaluación de riesgos adicional de carácter individual.....	178
2.4.2.3. La planificación de la actividad preventiva.	207
2.4.2.4. El obligatorio listado de puestos de trabajo sin riesgos para la maternidad.	208
2.4.2.5. El procedimiento de prevención en la empresa: una medida para la adaptación de la normativa a las particularidades empresariales.	209
2.4.3. La acción protectora.....	214
2.4.3.1. Medidas de protección de la mujer trabajadora en situación de embarazo y lactancia natural	214
2.4.3.2. La adaptación del puesto o tiempo de trabajo	217
2.4.3.3. El cambio a otro puesto de trabajo o función compatible con su estado biológico	223
2.4.3.4. La suspensión del contrato de trabajo por riesgo en el embarazo o la lactancia natural. La prestación económica de la Seguridad Social.....	230
2.4.3.5. Los derechos económicos por cambio de condiciones o de puesto de trabajo.....	235
2.4.4. La acción promotora de la salud	239
2.4.5. La negociación colectiva en la acción preventiva y protectora de la maternidad en el ámbito laboral.....	244
2.4.5.1. Estudio de las cláusulas de los convenios colectivos	245
2.4.5.2. Mejoras colectivas en la protección de la maternidad.....	252
2.4.5.3. Conclusiones y propuestas.....	264

2.5. EL RECONOCIMIENTO MÉDICO COMO INSTRUMENTO DE VIGILANCIA DE LA SALUD DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA O LACTANTE	265
2.5.1. Contenido de la vigilancia de la salud	268
2.5.2. Características de la vigilancia de la salud	273
2.5.3. Los reconocimientos médicos: obligatoriedad versus voluntariedad.....	279
2.5.3.1. Argumentos jurisprudenciales sobre la obligatoriedad del reconocimiento	286
2.5.3.2. La posición de las normas colectivas	289
2.5.3.3. Conclusiones	292
2.5.4. El deber empresarial de garantizar la vigilancia periódica de la salud de la mujer embarazada.....	293
2.5.4.1. El reconocimiento médico obligatorio para las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o en periodo de lactancia natural	297
2.5.4.2. Aplicación de los protocolos de vigilancia sanitaria específica a las trabajadoras embarazadas o lactantes	299
2.5.4.3. Contenido específico de la vigilancia de la salud en la maternidad: propuesta de historia clínica laboral	302
2.6. LA NECESARIA COMUNICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO AL EMPRESARIO	308
2.6.1. Estado biológico conocido	310
2.6.2. Situaciones problemáticas	313
2.6.3. La doctrina jurisprudencial	317
2.7. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES	326

CAPÍTULO 3

LA PROTECCIÓN LABORAL DE LA MATERNIDAD

3.1. INTRODUCCIÓN	339
3.2. EL ACCESO AL EMPLEO Y LA CONTRATACIÓN.....	341
3.2.1. Situaciones discriminatorias en el acceso al empleo	341
3.2.2. La duración máxima de los contratos de trabajo	348
3.3. EL TIEMPO DE TRABAJO.....	350

3.3.1. Permiso para el cuidado del lactante	351
3.3.1.1. Antecedentes normativos.....	352
3.3.1.2. Configuración del permiso	353
3.3.1.3. Duración.....	361
3.3.1.4. Modalidades del disfrute.....	366
3.3.1.5. Titulares del derecho.....	377
3.3.1.6. Requisitos formales para su disfrute	384
3.3.1.7. Discrepancias trabajador-empresario.....	386
3.3.1.8. Particularidades del disfrute del permiso	388
3.3.2. Permiso por nacimiento prematuro de hijo o hija o que deba permanecer hospitalizado a continuación del parto	395
3.3.2.1. Configuración del permiso	396
3.3.2.2. Duración y modalidades del disfrute	399
3.3.2.3. Titulares del derecho.....	403
3.3.2.4. Requisitos formales para su disfrute	404
3.3.2.5. Particularidades del disfrute del permiso	405
3.3.3. Vacaciones anuales y protección de la maternidad y la lactancia.....	406
3.3.3.1. Evolución normativa y la influencia de la jurisprudencia comunitaria en la modificación del art. 38.3 LET	407
3.3.3.2. Supuestos incluidos.....	411
3.3.3.3. Requisitos para el disfrute de las vacaciones en periodo distinto.....	413
3.4. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NACIMIENTO	414
3.4.1. Duración y supuestos protegidos.....	417
3.4.2. Titulares del derecho	424
3.4.3. Distribución del periodo y reglas del disfrute	428
3.4.4. El ejercicio del derecho y el papel empresarial: reglas para el disfrute a tiempo parcial.....	434
3.4.5. Particularidades de la suspensión del contrato de trabajo por causas relacionadas con el nacimiento.....	437
3.4.6. Reincorporación al puesto de trabajo y efectos de la suspensión.....	439

3.5. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL DE UN MENOR DE NUEVES MESES.....	450
3.5.1. Suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.....	451
3.5.2. Suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural.....	451
3.6. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: LAS GARANTÍAS REFORZADAS PARA LA PROTECCIÓN LABORAL DE LAS TRABAJADORAS DURANTE LAS SITUACIONES RELACIONADAS CON LA MATERNIDAD.....	452
3.6.1. El despido de la trabajadora ante la presencia de causas objetivas y disciplinarias	454
3.6.1.1. Garantías de nulidad del despido: el criterio de la temporalidad.....	457
3.6.1.2. El conocimiento del embarazo por parte de la empresa	461
3.6.1.3. El despido durante el disfrute del permiso para el cuidado del lactante	462
3.6.1.4. El despido durante las situaciones relacionadas con la previsión de embarazo y técnicas de reproducción asistida	464
3.6.2. La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba.....	467
3.6.3. La protección de la mujer embarazada frente al despido colectivo	470
3.7. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES	475

CAPÍTULO 4

LA TUTELA PRESTACIONAL DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA O EN PERÍODO DE LACTANCIA NATURAL

4.1. INTRODUCCIÓN	487
4.2. LA MATERNIDAD EN EL SISTEMA PROTECTOR DE LA SEGURIDAD SOCIAL. CONTEXTO HISTÓRICO NORMATIVO	490
4.2.1. Las prestaciones por maternidad en el ámbito internacional	490
4.2.2. Las políticas comunitarias en la protección social de la maternidad.....	498
4.2.3. La protección de la maternidad en el ámbito nacional	503
4.2.3.1. Las prestaciones por maternidad en el primer tercio del siglo XX.....	503
4.2.3.2. Las prestaciones por maternidad durante el franquismo.....	516

4.2.3.3. La protección de la maternidad en la etapa constitucional	522
4.2.3.4. Marco normativo actual de las prestaciones por maternidad: la incorporación del riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural	533
4.3. NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR	539
4.3.1. Supuesto general: nivel contributivo	539
4.3.1.1. Situaciones protegidas	540
4.3.1.2. Sujetos beneficiarios y requisitos generales para el acceso a la prestación.....	545
4.3.1.3. Situaciones asimiladas a la de alta para el supuesto de prestación por nacimiento y cuidado de menor.....	551
4.3.1.4. Requisitos específicos para determinados supuestos particulares.....	558
4.3.1.5. Prestación económica y cálculo.....	560
4.3.1.6. Dinámica de la prestación	569
4.3.1.7. Procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación.....	573
4.3.1.8. Problemáticas particulares	579
4.3.1.9. Gestión de la prestación económica.....	585
4.3.2. Supuesto especial: nivel no contributivo.....	588
4.3.2.1. Situaciones protegidas	590
4.3.2.2. Sujetos beneficiarios y requisitos para el acceso a la prestación.....	591
4.3.2.3. Prestación económica y cálculo.....	593
4.3.2.4. Dinámica de la prestación	595
4.3.2.5. Procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación.....	598
4.3.2.6. Gestión de la prestación económica.....	600
4.3.3. La tributación de las prestaciones asociadas al nacimiento y cuidado del menor en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).....	600
4.4. EL COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO	605
4.4.1. Origen y antecedentes	606

4.4.1.1. El desaparecido complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.....	606
4.4.1.2. El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.....	617
4.4.2. Descripción y dinámica del complemento	618
4.4.2.1. Beneficiarios y hecho causante	619
4.4.2.2. Cuantía del complemento y reglas para su percepción	623
4.4.2.3. Nacimiento, extinción y suspensión.....	626
4.4.3. Supuestos problemáticos	627
4.4.4. Conclusiones.....	634
4.5. EJERCICIO CORRESPONSABLE DEL CUIDADO DEL LACTANTE	638
4.5.1. Situación protegida y condicionantes que deben producirse	638
4.5.2. Beneficiarios y requisitos.....	640
4.5.3. Cuantía y duración de la prestación económica	641
4.5.4. Particularidades en el ejercicio del derecho.....	641
4.5.4.1. Beneficiarios de diferentes regímenes.....	642
4.5.4.2. Compatibilidades.....	643
4.5.4.3. Otras particularidades	643
4.6. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL.....	645
4.6.1. Situaciones protegidas y medidas preventivas y de protección previas.....	646
4.6.2. El riesgo específico como origen de las prestaciones.....	649
4.6.2.1. El riesgo específico en las prestaciones por riesgo durante el embarazo	650
4.6.2.2. El riesgo específico en las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural	653
4.6.3. Beneficiarias y requisitos para el acceso a las prestaciones.....	657
4.6.4. Prestaciones económicas: cuantía, cálculo, gestión y pago.....	658
4.6.4.1. Particularidades en los cálculos de las prestaciones.....	661
4.6.5. Dinámica de las prestaciones.....	663
4.6.5.1. Nacimiento, duración y extinción de los derechos.....	663

4.6.5.2. Reconocimiento, denegación, anulación y suspensión de los derechos.....	665
4.6.6. Incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.....	667
4.6.7. Procedimiento para el reconocimiento de los derechos	669
4.7. RÉGIMEN SANCIONADOR	673
4.8. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES	677
CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS.....	687
BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS ELECTRÓNICOS.....	701
LISTADOS DE TABLAS, GRÁFICOS Y FIGURAS.....	743

Resumen

Este trabajo de investigación tiene como objeto de estudio la protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral, analizada y estudiada desde diferentes enfoques en función del bien a proteger. Las tutelas preventiva, laboral y prestacional de la mujer trabajadora durante las situaciones relacionadas con la maternidad – principalmente embarazo, parto reciente y lactancia– configuran el marco protector de esta materia en el ámbito laboral. El aspecto novedoso y original de este trabajo, es el enfoque empleado en la investigación, configurado como un conjunto, bajo las tres perspectivas posibles de la tutela de la maternidad en el mercado de trabajo y no desde un único punto de vista del ámbito jurídico, como se puede comprobar en los numerosos estudios que tratan de explicar la tutela de la maternidad en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La investigación parte desde la hipótesis general de que, a pesar de la existencia de un marco normativo específico que actúa como garantía de tutela de la maternidad en el lugar de trabajo, se pueden producir situaciones perjudiciales para la mujer, restando efectividad a dichos textos legales. Éstas se materializan, por ejemplo, a través de discriminaciones directas por razón de sexo, extinciones de contratos de trabajo que no se ajustan a los criterios legales, o a la falta de protección económica y social durante la maternidad en determinados periodos de tiempo. Es decir, se pueden presentar casos en los que la maternidad “penaliza” a la mujer en el ámbito laboral desde diferentes posicionamientos.

Para afrontar la hipótesis de partida, los principales objetivos de la investigación han sido: 1) identificar, describir y analizar todos los elementos que componen la triple tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: preventiva, laboral y prestacional; y 2) analizar los avances y los retos pendientes en esta materia, para poder formular un discurso jurídico coherente, que tenga en cuenta todos los recursos que se han empleado en la investigación.

La metodología empleada es la propia para este tipo de trabajos, la investigación jurídico-doctrinal, que se basa en conocer el significado de los textos legales, exponiendo que casos concretos resuelven e indicando cuál es la respuesta adecuada a un problema planteado. Para ello, se ha conocido la forma en la que los jueces deciden ante una concreta controversia jurídica, estudiando y analizando casos para determinar cuál es la respuesta jurídica para el asunto objeto de estudio. Una vez ejecutadas todas las fases de la investigación, se ha elaborado un discurso jurídico en el que se han analizado los recursos empleados, concluyendo sobre la tendencia jurídica-doctrinal del asunto en cuestión.

El contenido de la investigación se centra y estructura en base a la triple tutela de la maternidad ya citada. Así, el Capítulo 2, *“La acción preventiva y protectora de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo”*, se centra en el estudio y análisis de la “tutela preventiva” de la mujer trabajadora embarazada, en parto reciente y durante la lactancia natural en el marco de la seguridad y salud en el trabajo. Para ello,

el estudio se estructura en los tres niveles de acción que ampara la LPRL: preventivo, protector y promotor de la salud laboral. Asimismo, se realiza un estudio del reconocimiento médico como instrumento de vigilancia de la salud de la trabajadora embarazada y otro sobre la necesidad de comunicar la situación de maternidad a la empresa.

El Capítulo 3, *“La protección laboral de la maternidad”*, se centra en el estudio y análisis en materia de acceso, permanencia y salida del mercado de trabajo de la mujer embarazada, en parto reciente o lactancia natural, la llamada “tutela laboral”. Se han analizado las garantías específicas que establece la legislación laboral para la protección de la mujer trabajadora que se encuentre en determinadas situaciones biológicas relacionadas con la maternidad. Son mecanismos de protección encargados de regular cuestiones como las diferentes modalidades de suspensión temporal del contrato de trabajo asociadas a la maternidad o las garantías frente al despido de estas trabajadoras.

El Capítulo 4, *“La tutela prestacional de la trabajadora embarazada o en período de lactancia”*, aborda el estudio y análisis del tercer pilar de la tutela de trabajadora: la “tutela prestacional”. Se han analizado desde un punto de vista normativo, jurisprudencial y doctrinal a través de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, por el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural. Asimismo, se describe el nuevo “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, tras las modificaciones aprobadas en 2021, comparándolo con el “complemento por maternidad” que estuvo en vigor hasta ese momento.

Las *Conclusiones finales y propuestas*, recogen un resumen global de las principales conclusiones que se han extraído de todos los capítulos de la tesis, así como de las propuestas que en todo el texto se han ido incorporando. Se extraen las conclusiones generales del trabajo bajo un enfoque propositivo de mejoras dirigidas a mejorar la triple tutela de la mujer durante las situaciones relacionadas con la maternidad.

Introducción y cuestiones generales

I. PRESENTACIÓN DE LA TESIS Y DEL TEMA DE LA INVESTIGACIÓN

Presentamos al lector la tesis doctoral *“La protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: avances y retos en las tutelas preventiva, laboral y prestacional”*, elaborada bajo la dirección del Prof. Dr. Federico Navarro Nieto, Catedrático del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba (UCO), y encuadrada dentro del Programa de Doctorado de Ciencias Sociales y Jurídicas del Instituto de Estudios de Postgrado (IDEP) de la misma universidad. Se trata del resultado de un trabajo de investigación en el tiempo, que tiene como objeto central la tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral y como bien jurídico a amparar, la protección de la madre desde todas las vertientes posibles y, por ende, de su feto o hijo.

El origen de esta tesis se encuentra en el Trabajo Fin de Máster (TFM) elaborado por este mismo autor, que lleva por título *“La tutela del empleo de las mujeres en situación de embarazo, maternidad y lactancia”* del Máster Interuniversitario en Políticas Territoriales de Empleo (UCO). Trabajo dirigido por los profesores doctores de la Universidad de Córdoba, Federico Navarro Nieto y Manuel Vaquero Abellán. Por tanto, esta tesis continua y por supuesto amplía la investigación iniciada con el TFM.

A nivel profesional, tres influencias han condicionado al autor la elección del tema de la tesis. Por un lado, la colaboración como investigador en el Laboratorio Observatorio Andaluz de Condiciones de Trabajo desde una Perspectiva de Género (LAOGEN), dependiente del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales (IAPRL). Por otro, el perfil profesional que se ejerce como empleado público de la UCO, desarrollando su labor como técnico de Prevención de Riesgos Laborales (PRL). Y, en tercer lugar, la docencia que como profesor se imparte en el Master de PRL de la UCO. En todos los casos se realizan tareas relacionadas con la protección de la maternidad en el trabajo.

La temática de la tesis se centra en la tutela de la mujer trabajadora durante las situaciones relacionadas con la maternidad. Nos referimos a las tutelas preventiva, laboral y prestacional. El ordenamiento jurídico laboral en esta materia es el que nos sirve de fundamento para llevar a cabo la investigación. Se trata de construir un discurso jurídico coherente, que tenga en cuenta todos los recursos que se han empleado en el estudio, y que nos permita concluir sobre la tendencia jurídica-doctrinal del asunto en cuestión, determinando los avances y proponiendo los retos de futuro pendientes en esta materia.

II. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

Antes de abordar nuestra investigación, es esencial justificar y valorar la importancia del objeto de la tesis, explicando las razones por las que se ha llevado a cabo el estudio y las metas que queremos alcanzar. Igualmente es importante describir

el estado de la cuestión, entendido como una descripción de la realidad social e investigadora que afecta al ámbito de estudio de esta tesis.

Formando parte del área de conocimiento del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, podemos encontrar numerosos estudios jurídicos que tratan de explicar la tutela de la maternidad en el ámbito laboral. Una primera revisión de éstos nos permite concluir que siempre están elaborados desde una perspectiva concreta del ámbito jurídico. El aspecto novedoso y original de esta tesis es que se realiza desde un ámbito mucho mayor, abarcando las tres perspectivas posibles de la tutela de la maternidad en el mercado de trabajo: preventiva, laboral y prestacional. Con este planteamiento, se obtienen unos resultados globales que tienen en cuenta esta triple tutela de la maternidad y que se articulan a través de un discurso jurídico coherente e integrador desde todas las perspectivas posibles.

El estado de la cuestión nos permite identificar cuáles son los planteamientos actuales sobre la temática de la tesis, realizando una “fotografía” que representa cuáles son las teorías e hipótesis que prevalecen en el presente. Así, inicialmente nos encontramos ante un marco normativo que regula todos los presupuestos jurídicos que afectan a la tutela de la maternidad, origen de un conjunto de reglas que permiten articular la forma en la que se gestiona el sistema protector de la mujer en el ámbito laboral. Principalmente nos referimos al Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), al Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) y a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Estas tres normas representan, a grandes rasgos, esta triple tutela de la maternidad en el ámbito laboral, textos legales que se complementan con otras normas de diferente rango y que se dictan al amparo y/o desarrollo de éstas.

Otro factor a tener en cuenta en el estado de la cuestión son los pronunciamientos de los tribunales de justicia, principalmente del Orden Jurisdiccional Social. Es muy extensa y variada la jurisprudencia que sobre la temática central de la tesis se ha detectado en las bases de datos de los principales portales jurídicos de ámbito nacional. Estos fallos judiciales ponen de manifiesto que muchos de los temas que se abordan son proclives a originar situaciones de conflicto. Por ello, el estudio de casos es una tarea esencial para determinar la tendencia jurídica que está tomando un determinado asunto. Por último, sobre el marco normativo y los casos tratados por los tribunales, existe una variada y extensa bibliografía que aborda el esquema protector de la maternidad en el ámbito laboral, configurando la denominada doctrina científica.

Con estos factores definidores del estado de la cuestión, la meta de nuestra investigación debe ir dirigida a analizar esta realidad social y aportar medidas

propositivas que repercutan en la mejora del marco normativo y de protección objeto de estudio.

Para finalizar, como parte de esta realidad social, el estado de la cuestión se debe completar con la identificación y análisis de los principales indicadores sociolaborales que en materia de maternidad se confeccionan periódicamente por parte de autoridades gubernamentales o por entidades de reconocido prestigio en el ámbito de la estadística. Indicadores que se abordan en el siguiente epígrafe.

III. INDICADORES SOCIOLABORALES EN MATERIA DE MATERNIDAD

Para la investigación en el ámbito del derecho es esencial la realización de tareas multidisciplinarias, acudiendo a referentes metodológicos propios de la sociología del derecho, de la economía del trabajo o de la estadística¹. Ésta última se ocupa de la recolección, agrupación, presentación, análisis e interpretación de datos, concebida como un método científico que pretende sacar conclusiones a partir de unas observaciones hechas. Se trata de un instrumento esencial en el estudio de los fenómenos sociales y es fundamental para la interpretación y la elaboración de conclusiones en estudios jurídicos, entre otros².

En este apartado se recopilan los principales indicadores estadísticos con el objetivo de trazar un perfil de la realidad de la mujer durante las situaciones relacionadas con la maternidad en el ámbito laboral nacional en los últimos años. Los datos se han recabado de fuentes oficiales, principalmente del Instituto Nacional de Estadística (INE), del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones y de otras entidades de reconocido prestigio como la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (*Eurofound*).

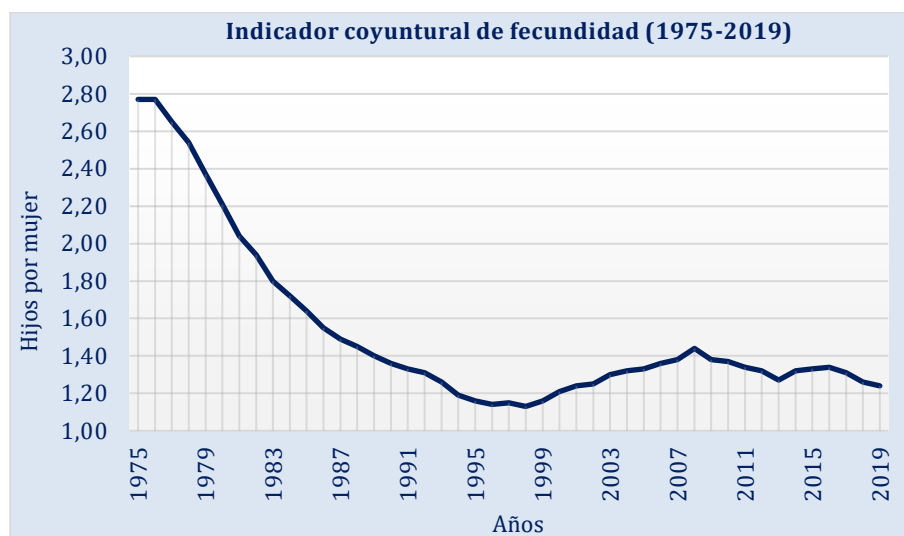
¹ CRUZ VILLALÓN, J., "La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo", *Temas Laborales*, núm. 132, 2016, pág. 97.

² "La estadística es un precioso órgano de información, indispensable en el estudio de las causas y auxiliar excelente en la obra de prevención en general" (PALANCAR, M., y PÉREZ BOTIJA, E., "La prevención de los accidentes de trabajo por los modernos métodos psicológicos, gráficos y mecánicos; eficacia comparativa de unos y otros desde los puntos de vista humanitario y económico", Instituto Nacional de Previsión (INP), Madrid, 1934, págs. 128-129).

III. A. Indicadores básicos

1) Indicador coyuntural de fecundidad: representa el número medio de hijos nacidos por cada mujer en edad fértil³. Este indicador se utiliza para determinar el nivel de fecundidad de reemplazo, es decir, la fecundidad mínima necesaria para que una población cerrada (las migraciones se valoran de forma independiente) se mantenga indefinidamente en el tiempo sin disminuir su volumen, para garantizar el equilibrio de la población entre generaciones. En los países más desarrollados una proporción de 2,1 hijos por mujer se considera un nivel óptimo de reemplazo.

Gráfico 1. Indicador coyuntural de fecundidad (1975-2019).



Fuente: INE. Elaboración propia.

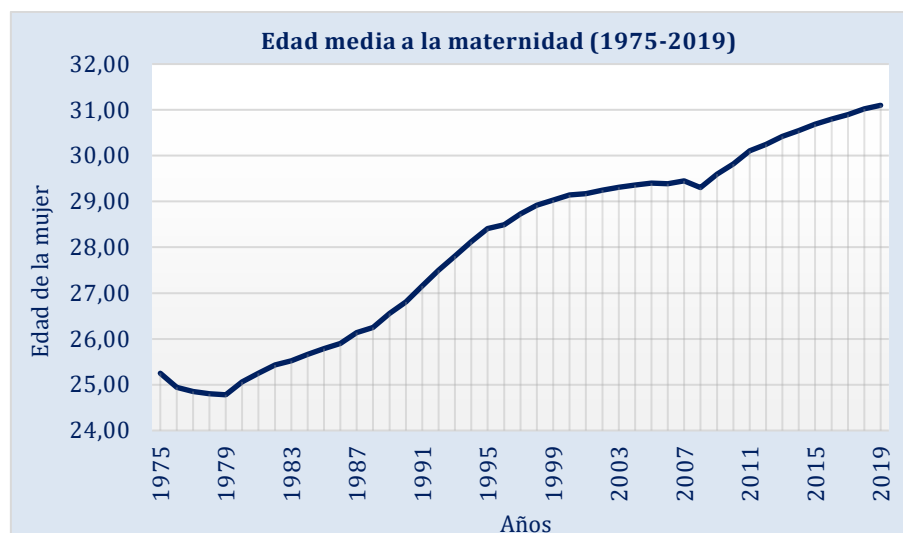
Desde 1975 hasta 1996 este indicador ha experimentado una constante reducción, evolucionando de 2,80 a 1,15 hijos por mujer. A partir de 1997, el indicador sube prácticamente todos los años hasta situarse en 1,44 hijos en 2008, dato más elevado desde 1988. A partir de 2009 y como consecuencia de la crisis económica del momento, la fecundidad comenzó a descender. El último dato disponible, en 2019 el número medio de hijos por mujer era de 1,24, resultado de una constante reducción en los últimos tres años. Uno de los elementos explicativos de esta evolución decreciente de los últimos años es el retraso de la edad de las mujeres en la concepción del primer hijo, puesto que la postergación de la maternidad acorta el periodo fértil⁴.

³ La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a las mujeres en edad fértil como aquellas comprendidas entre los 10 y los 49 años. El Instituto Nacional de Estadística (INE) sitúa las edades entre los 15 y los 49 años.

⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), “La participación laboral de las mujeres en España”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2017, pág. 24.

2) Edad media a la maternidad: indicador que mide la edad media de la mujer cuando tuvo su primer hijo.

Gráfico 2. Edad media a la maternidad (1975-2019).



Fuente: INE. Elaboración propia.

Al comienzo de la serie histórica, en 1975, la edad media de la mujer en el momento del nacimiento de su primer hijo se encontraba en torno a los 25 años. Tras un ligero descenso, a partir de 1980 esta edad aumentó de forma constante prácticamente todos los años, hasta situarse en 31,10 años en 2019.

Estos datos ponen de manifiesto que el acceso de la mujer a la maternidad biológica cada vez se produce de forma más tardía, hecho a tener en cuenta por su posible incidencia en la maternidad de las trabajadoras. Como argumentos que justifican este retraso en la maternidad, podemos citar los siguientes: 1) la prolongación de la etapa formativa, que mantiene a los jóvenes durante más tiempo en sus hogares de origen; 2) el cambio en los valores en torno a la familia y la maternidad; y 3) las circunstancias económicas y laborales, como la alta temporalidad y la escasa estabilidad laboral de los jóvenes, que se sumarían en los últimos años a las altas tasas de desempleo⁵.

A nivel europeo, España e Italia (31,3 años) son los dos países europeos donde de media se afronta la maternidad a una edad más avanzada. Es decir, más de un año y medio después que la media de la UE (29,4 años)⁶.

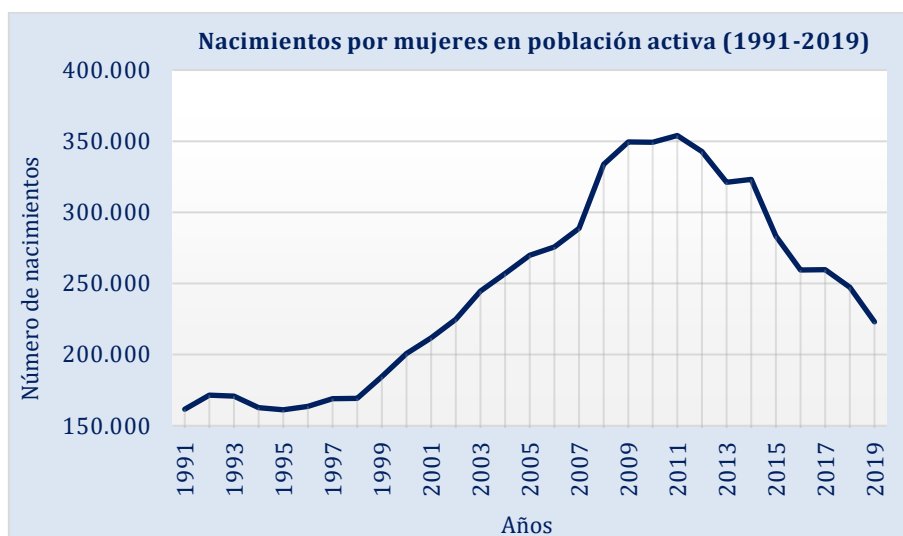
⁵ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), "Tercer informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española", Consejo Económico y Social, Madrid, 2011, pág. 48.

⁶ Datos que se han ido reproduciendo en los últimos años, como se pone de manifiesto en el "Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 119, 2016, pág. 261.

En cuanto a la educación, los datos estadísticos ponen de manifiesto que a medida que aumenta el nivel educativo se retrasa la edad a la maternidad. No obstante, las diferencias en cuanto al número de hijos alcanzado por las generaciones de mujeres que ya han completado su periodo fértil son pequeñas⁷.

3) Nacimientos de mujeres en población activa: indicador que muestra el número total de nacimientos por parte de mujeres que forman parte de la población activa.

Gráfico 3. Nacimientos por mujeres en población activa (1991-2019).



Fuente: INE. Elaboración propia.

El número total de estos nacimientos se ha ido incrementando prácticamente en todos los años hasta 2011, fecha en la que se alcanzó el pico de 353.986 nacimientos. Desde entonces y hasta el último dato conocido, se ha ido produciendo un descenso continuo de esta cifra, reduciéndose de forma más acusada en los dos últimos años, hasta llegar a los 223.038 nacimientos en 2019.

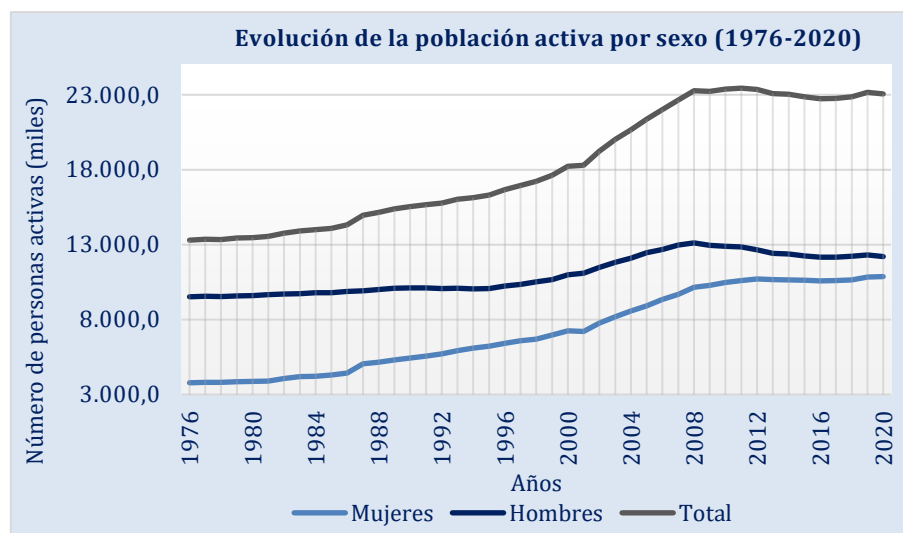
Estos datos están en consonancia con los indicadores anteriores, que ponen de manifiesto una situación de empeoramiento de índices asociados a la natalidad, que se traducen en menos hijos por mujer, en el acceso a la maternidad de forma más tardía y menos nacimientos por parte de mujeres que forman parte de la población activa. La progresión de este último dato debe estar justificada por uno de estos dos motivos: 1) ha descendido la presencia de la mujer en la población activa; o 2) las mujeres que forman parte de la población activa cada vez tienen menos hijos. Duda que tratamos de resolver en el siguiente bloque de indicadores.

⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Nota de prensa: Encuesta de fecundidad 2018”, 9 de abril de 2019, pág. 2. Enlace: <https://bit.ly/3sHYrsR>.

III. B. Indicadores del mercado laboral

1) Evolución de la población activa por sexo: indicador que recoge a todas las personas mayores de 16 años que suministran mano de obra para la producción de bienes y servicios económicos o que están disponibles y hacen gestiones para incorporarse a dicha producción.

Gráfico 4. Evolución de la población activa por sexo (1976-2020).



Fuente: INE. Elaboración propia.

La población activa total ha evolucionado desde las 13.296.800 personas en 1976 hasta las 23.064.100 en 2020, lo que supone un incremento del 73%. Por sexos, la población activa de las mujeres ha experimentado una subida del 187%, lo que se traduce en que cerca de 7 millones de mujeres se han incorporado a la población activa de España en los últimos 45 años. En 1976 había 3.780.000 mujeres en la población activa, pasando a ser 10.865.900 mujeres en 2020. En el caso de los hombres, su población activa se ha incrementado en un 28%, pasando de los 9.516.800 hasta los 12.198.200.

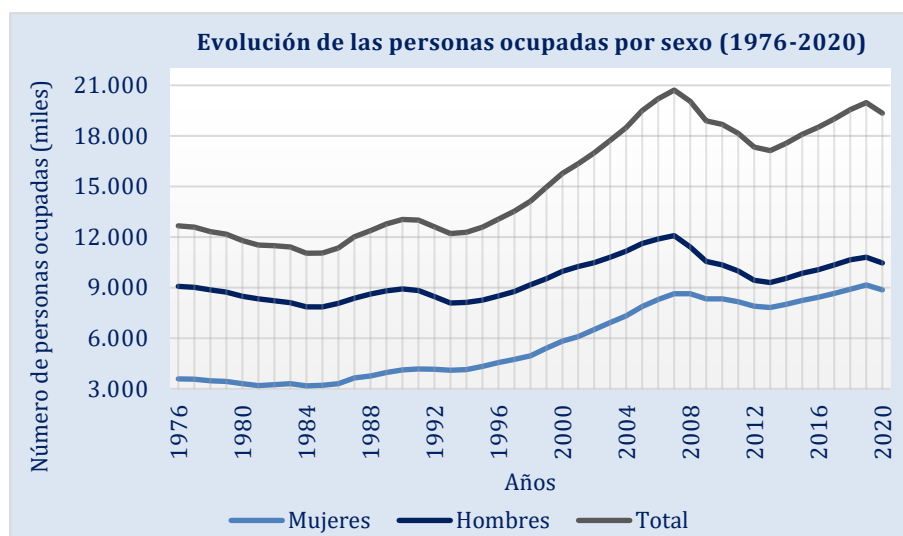
Estos datos ponen de manifiesto que la incorporación de la mujer a la población activa ha sido de forma masiva, duplicando el incremento, en datos absolutos, de los hombres. De hecho, la diferencia entre las poblaciones activas de hombres y mujeres se ha reducido de manera considerable, evolucionando de una diferencia de un 43,14% en 1976 hasta un 5,76% en 2020, siendo el valor más bajo de toda la serie histórica.

El aumento en la participación laboral femenina en España en los últimos años ha sido el mayor de la UE, convergiendo desde muy por debajo de la media hasta valores

cercanos a la misma, tanto en términos absolutos como en brecha de género en participación en el mercado de trabajo⁸.

2) Evolución de las personas ocupadas por sexo: indicador que representa la evolución en el tiempo del número de personas ocupadas.

Gráfico 5. Evolución de las personas ocupadas por sexo (1976-2020).



Fuente: INE. Elaboración propia.

El gráfico muestra unas líneas de tendencia muy similar a las de la población activa. Sin embargo, en el período 2008-2013 se produce un cambio de tendencia, en la que se produce una bajada brusca del número de personas ocupadas (probablemente debido a la crisis económica de la época), que resulta más acuciante en el caso de los hombres. Ello conllevaría una reducción del diferencial de personas ocupadas entre hombres y mujeres, llegando a ser de un 8,62% en 2013, el dato más bajo de toda la serie histórica.

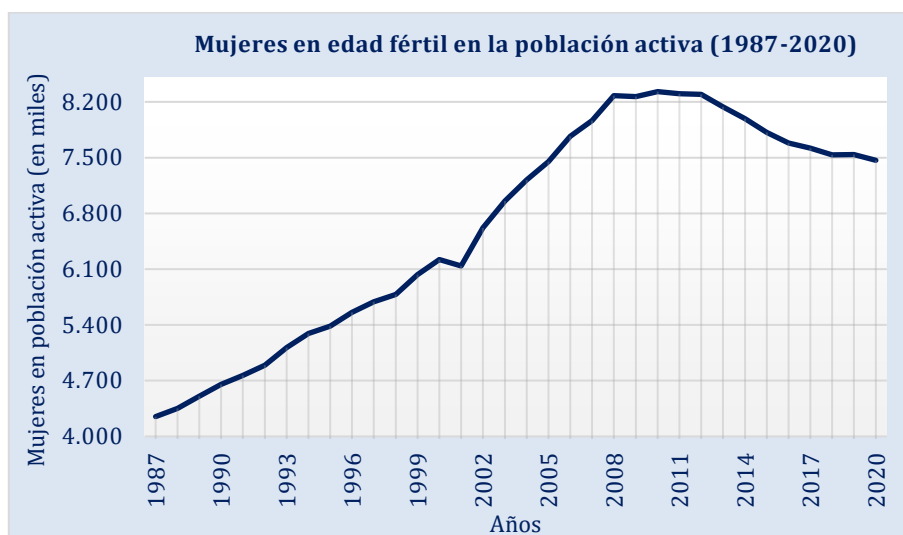
A nivel mundial, la tasa de participación en el mercado de trabajo continúa su descenso de larga duración; en 2018 es del 61,8 por ciento, un descenso de 1,4 puntos porcentuales en el último decenio. En el caso de las mujeres, la tasa de participación ha retrocedido con más lentitud, de ahí el ligero estrechamiento de la brecha entre los géneros. Así, para reducir las brechas entre los géneros en el mercado laboral se habrán de adoptar medidas integrales formuladas específicamente para las mujeres⁹.

⁸ CONDE-RUIZ, J.I., "Gender Gaps in the Spanish Labor Market", FEDEA, Fundación de Estudios de Economía Aplicada, Universidad Complutense de Madrid, 2016, pág. 1.

⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: avance global sobre las tendencias del empleo femenino 2018", Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, págs. 6 y 13.

3) Mujeres en edad fértil que forman parte de la población activa: indicador que representa el volumen de mujeres en valor absoluto que forman parte de la población activa y que se encuentran en el rango de edad entre los 16 y los 49 años.

Gráfico 6. Mujeres en edad fértil en la población activa (1987-2020).



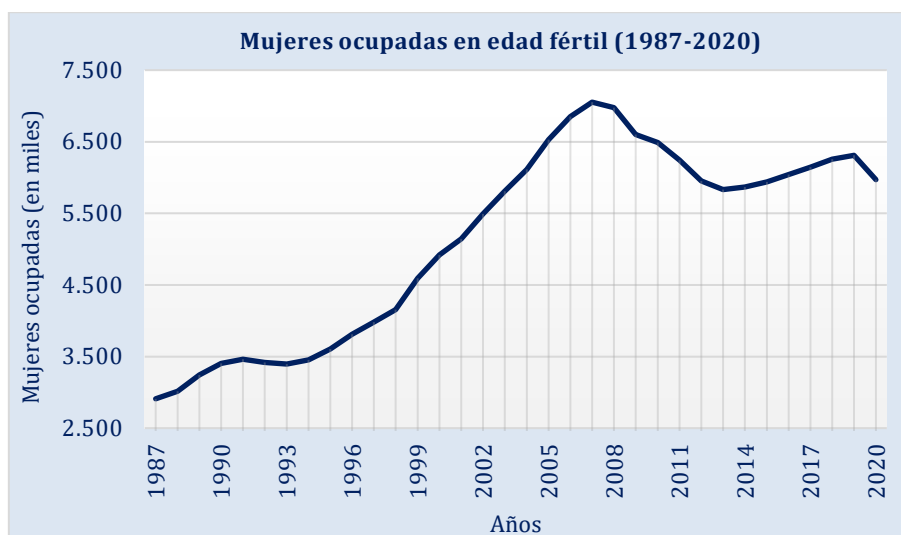
Fuente: INE. Elaboración propia.

Los datos ponen de manifiesto que hasta el año 2010 este indicador tuvo una tendencia claramente ascendente, salvo en dos años concretos (2001 y 2009). En 2010, más de 8,3 millones de mujeres en edad fértil formaban parte de la población activa, dato más alto de la serie histórica. Sin embargo, a partir de 2011 se produjo un fuerte descenso que duró hasta 2019, año en el que parecía que se estaba suavizando la tendencia a la baja. El descenso y cambio de rumbo del último año, entendemos que se justifica en base a la pandemia por la COVID-19 que comenzó en 2020. Así en 2020, cerca de 7,5 millones de mujeres que formaban parte de la población activa estaban en edad fértil, lo que representa un 68,7% del total de mujeres que se encontraban trabajando o estaban dispuesta a incorporarse al mercado laboral.

A pesar de la tendencia a la baja de los últimos años, el balance desde comienzos de la serie histórica es muy positivo, puesto que el número de mujeres que forman parte de la población activa y que se encuentran en edad fértil se ha incrementado en 3,21 millones, lo que representa un ascenso del 176%. Actualmente 7 de cada 10 mujeres que se encuentran en la población activa están en edad fértil (16-49 años).

4) Mujeres ocupadas en edad fértil: indicador que muestra el colectivo de mujeres que, estando ocupadas, se encuentran en edad fértil. Es útil conocer este dato para poder cuantificar el volumen de mujeres que son objeto de estudio en este trabajo. Es decir, la población objetivo de la tesis.

Gráfico 7. Mujeres ocupadas en edad fértil (1987-2020).



Fuente: INE. Elaboración propia.

El gráfico sigue el mismo patrón que el indicador anterior, con descensos más acusados en determinados períodos. En el período 1987-2007 se produjo un incremento constante en prácticamente todos los años, alcanzando su cenit con más de 7 millones de mujeres ocupadas en edad fértil al final de este periodo.

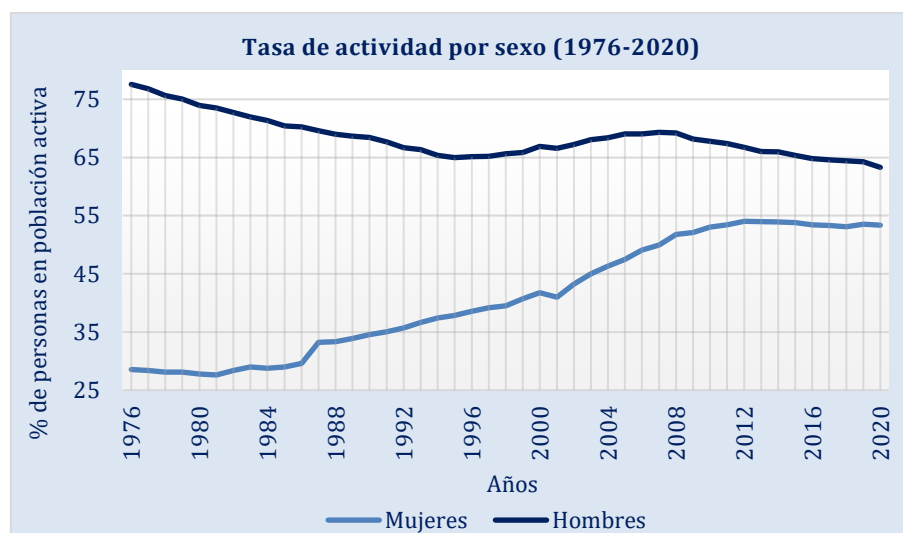
En el período 2008-2013, se produjo una notable caída, probablemente debido a la crisis económica del momento, que originó que más de 1,1 millones de mujeres en edad fértil dejaran de estar ocupadas. Más concretamente, esta tendencia decreciente encuentra su justificación en dos motivos concretos: 1) el rango de edades está formado por generaciones menos numerosas nacidas durante la crisis de natalidad de los 80 y primera mitad de los 90; y 2) por un descenso en el flujo de inmigración exterior y por un aumento en las emigraciones al exterior¹⁰.

En el último año se ha producido una bajada debido a las consecuencias que sobre el mercado de trabajo está originando la pandemia por la COVID-19. El dato más reciente nos permite afirmar que, de cada 10 mujeres ocupadas, 6,7 están en edad fértil, dato más bajo de toda la serie histórica, que tuvo su cenit en 1999 con 8,47 mujeres.

¹⁰ DE DIEGO CORDERO, R., et. al., “Género y salud laboral: una tarea aún pendiente”, comunicación presentada en el VII Encuentro de la Asociación Científica de Expertos en Seguridad y Salud Laboral de Andalucía (ACESSLA), Sevilla, 17 y 18 de noviembre de 2016, Libro de Actas, pág. 22.

5) Tasa de actividad por sexo: indicador porcentual que relaciona el total de personas activas, desagregadas por sexo, con la población activa total.

Gráfico 8. Tasa de actividad por sexo (1976-2020).



Fuente: INE. Elaboración propia.

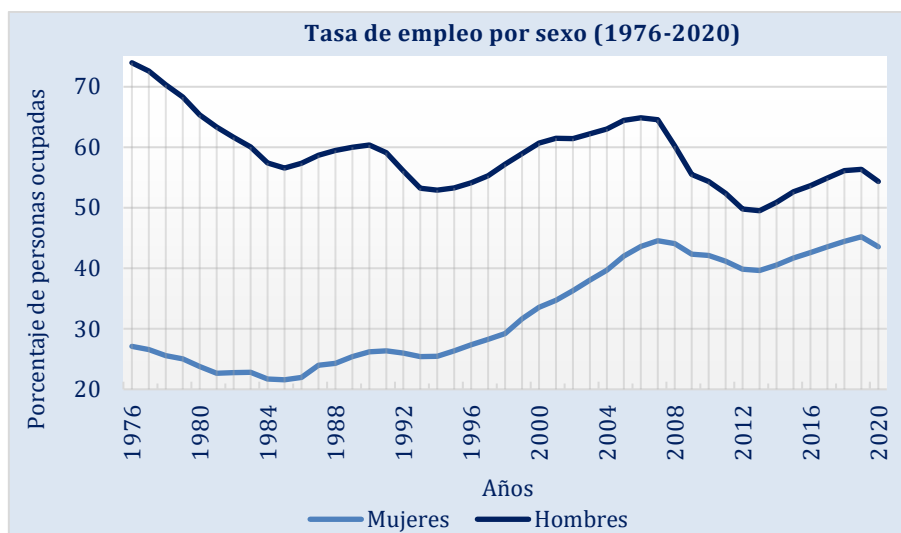
La tasa de actividad de las mujeres ha tenido una tendencia alcista en prácticamente toda la serie histórica, con excepción de los últimos 7 años, donde se ha ido reduciendo a un ritmo muy lento. Actualmente esta tasa es de un 53,3%, dato que casi duplica el de 1976, cuando esta tasa era del 28,5%. Analizado este ascenso de manera desagregada por franjas de edad, se comprueba que se cumple en todos los grupos, a pesar del declive iniciado con la crisis económica que comenzó en 2008 y que afectó a las menores de 24 años¹¹.

Sin embargo, aun teniendo en cuenta este notable incremento, en ningún momento se ha llegado a alcanzar la tasa de los hombres, que se ha reducido de manera considerable con respecto a la de las mujeres. Así, el gráfico muestra la tendencia en el tiempo de ambas líneas en las que la diferencia entre ambas se ha ido reduciendo de forma paulatina, alcanzando el punto de menor distancia de toda la serie histórica en 2020, cuando esta diferencia era del 9,95% a favor de los hombres. Si las tendencias siguen el mismo mecanismo de actuación, probablemente en varios años, se sitúen muy cerca, llegándose a igualar las tasas de actividad de hombres y mujeres.

¹¹ LEÓN LLORENTE, C., MARCALETTI, F., "Maternidad y trabajo: una aproximación al análisis de decisiones de las mujeres españolas", Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, pág. 59.

6) Tasa de empleo por sexo: indicador porcentual que relaciona el total de personas ocupadas, desagregadas por sexo, con la población de 16 y más años.

Gráfico 9. Tasa de empleo por sexo (1976-2020).



Fuente: INE. Elaboración propia.

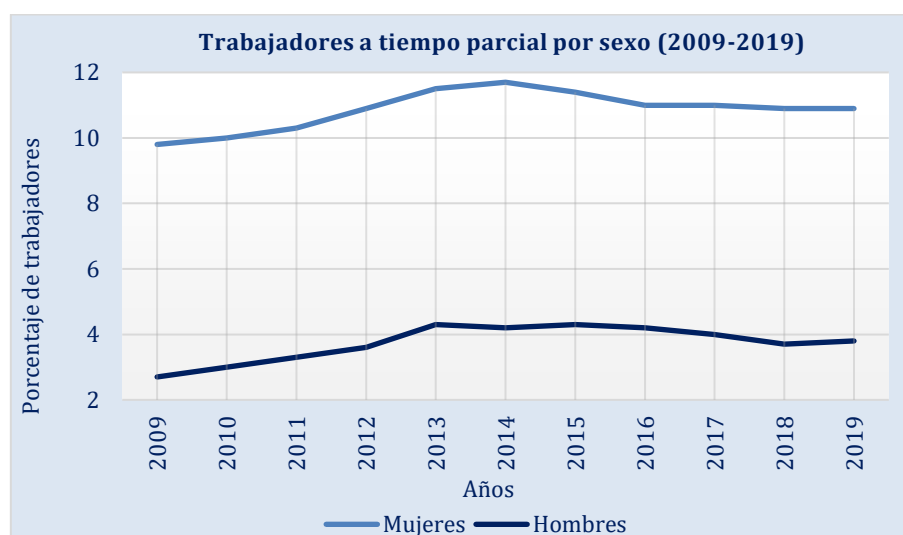
La tasa de empleo ha tenido numerosas fluctuaciones en las últimas décadas, con ciclos de repetición que podrían estar asociados a los diferentes períodos de recesión o crecimiento económico. En el caso de las mujeres esta tasa ha tenido un comportamiento más moderado, lo que ha provocado una importante reducción en el diferencial entre hombres y mujeres, llegando a ser de 9,87% en 2013, a favor de los hombres. En 2020 se ha roto la tendencia alcista de los últimos años, lo que parece ser un efecto de la pandemia por la COVID-19, aunque habrá que esperar a los años venideros para comprobar este argumento.

Así, el empleo femenino ha mejorado de una manera sustancial con respecto a los comienzos de la democracia y la primera mitad de los años 80, dónde únicamente tenían empleo el 21,57% de las mujeres (1985). El gráfico también nos muestra que, en los períodos de recesión económica, la tendencia a la baja de la curva de las mujeres siempre es más suave, no produciéndose caídas tan bruscas como en el caso de los hombres (puede apreciarse en los años 1991, 2007 y 2008). El empleo de las mujeres está asociado a la fecundidad, pero para que esto suceda de un modo pleno, garantizando el reemplazo generacional, es preciso impulsar políticas activas de empleo juvenil, programas de conciliación de trabajo y familia y políticas públicas de soporte a la maternidad¹².

¹² LEÓN LLORENTE, C., MARCALETTI, F., “Maternidad y trabajo...”, op. cit., pág. 59.

7) Trabajadores a tiempo parcial por sexo: indicador que representa en valores porcentuales los trabajadores contratados a tiempo parcial, por sexo, con relación al total de trabajadores.

Gráfico 10. Trabajadores a tiempo parcial por sexo (2009-2019).



Fuente: INE. Elaboración propia.

Estos datos ponen de manifiesto que los contratos a tiempo parcial tienen como titulares, en su mayoría, a las mujeres. De media, con relación al empleo total, un 10,8% de mujeres tienen trabajos a tiempo parcial, frente al 3,7% de los hombres.

En España casi una de cada cuatro mujeres trabaja a tiempo parcial, un 23,6%, tasa 7 puntos inferior al promedio de la Unión Europea (30,6%) y muy inferior a la que presentan algunos países como Holanda, que lidera la clasificación con un 83,6% de mujeres trabajando a tiempo parcial, es decir, más tres de cada cuatro¹³. En cuanto a las modalidades contractuales que se celebran, el 73,2% de los contratos a tiempo parcial en España recaen en trabajadoras¹⁴.

La realidad del mercado de trabajo nacional actual es que el crecimiento del empleo a tiempo parcial no se debe a un interés propio del trabajador, sino que responde a estrategia empresarial que flexibiliza el mercado a partir del ajuste del tiempo de trabajo¹⁵.

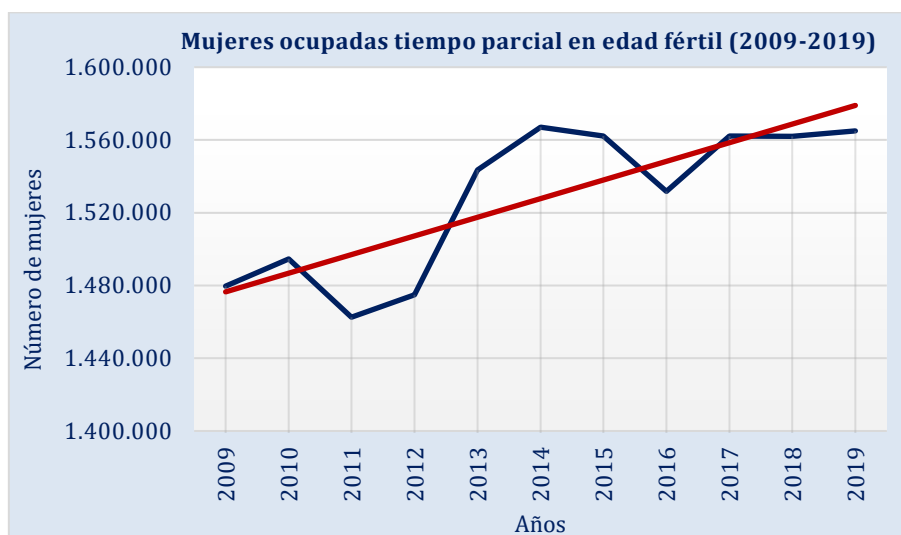
¹³ WOLTERS KLUWER, "Noticia del Diario La Ley de 11 de junio de 2019: El 23% de las mujeres trabaja a tiempo parcial en España, casi cuatro veces más que los hombres", según datos de la Encuesta Europea de Fuerza de Trabajo (Eurostat) analizados en un informe del Instituto de Estudios Económicos (IEE). Enlace: <https://bit.ly/2OtrP7i>.

¹⁴ "Informe sobre el complemento de maternidad...", op. cit., pág. 267.

¹⁵ ORTIZ GARCÍA, P., COSIMI, L., "Trabajo a tiempo parcial de las mujeres en España e Italia: el debilitamiento de la norma de empleo estable", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 131, 2017, pág. 48.

8) Mujeres ocupadas a tiempo parcial en edad fértil: indicador que representa el número total de mujeres, en valores absolutos, que están ocupadas a tiempo parcial y se encuentran dentro del rango de edad fértil (16-49 años).

Gráfico 11. Mujeres ocupadas a tiempo parcial en edad fértil (2009-2019).



Fuente: INE. Elaboración propia.

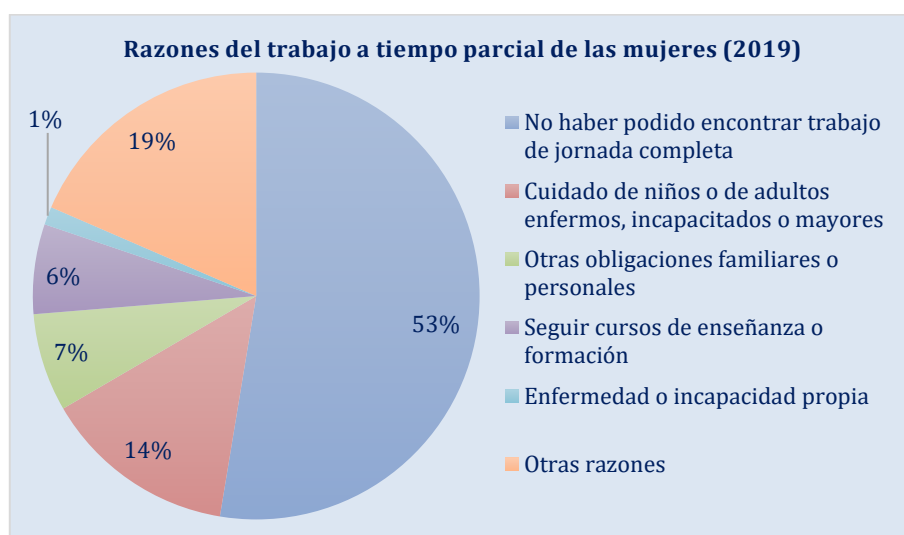
El gráfico muestra que en los últimos diez años este dato ha tenido un comportamiento alcista, como así indica la propia línea de tendencia (en color rojo), aunque por períodos ha tenido una actuación muy fluctuante, posiblemente asociada a los diferentes ciclos económicos. En 2019, 1.564.963 mujeres en edad fértil están ocupadas a tiempo parcial, dato prácticamente igual al que se registró en 2014, punto máximo de la serie histórica. Interesa conocer estos datos puesto que el marco normativo recoge particularidades con relación al ejercicio de derechos de las mujeres a tiempo parcial durante la maternidad.

El trabajo a tiempo parcial puede ser una alternativa deseable para personas que se encuentren en determinadas circunstancias vitales y edades concretas. Sin embargo, debería desvincularse de la provisión femenina en exclusiva de cuidados a menores y otros dependientes¹⁶.

¹⁶ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, “La participación laboral de las mujeres en España”, Cauces, Cuadernos del Consejo Económico y Social, núm. 34, 2017, pág. 80.

9) Razones del trabajo a tiempo parcial de las mujeres: indicador que representa los motivos por los que la mujer trabaja a tiempo parcial. Se mide en datos porcentuales. Los datos provienen de la EPA de 2019.

Gráfico 12. Razones del trabajo a tiempo parcial de las mujeres (2019).



Fuente: INE. Elaboración propia.

El gráfico nos muestra que la principal razón por la que las mujeres están empleadas a tiempo parcial es que no han podido encontrar trabajo de jornada completa (53%). Las razones que tienen su origen en el ámbito familiar representan un 21%, desglosado en el cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores (14%) y otras obligaciones familiares o personales (7%).

Las mujeres –con mejor nivel educativo que en el pasado– acceden a mejores puestos de trabajo y “consideran el coste del cuidado de los hijos como un coste añadido al coste de oportunidad laboral, circunstancia que podría estar asociada a un decrecimiento de la fertilidad”¹⁷. Coste que tiene sus consecuencias en el futuro, puesto que, debido al cuidado de los hijos, las mujeres trabajadoras ven mermadas sus carreras de cotización y, por tanto, sus futuras pensiones¹⁸.

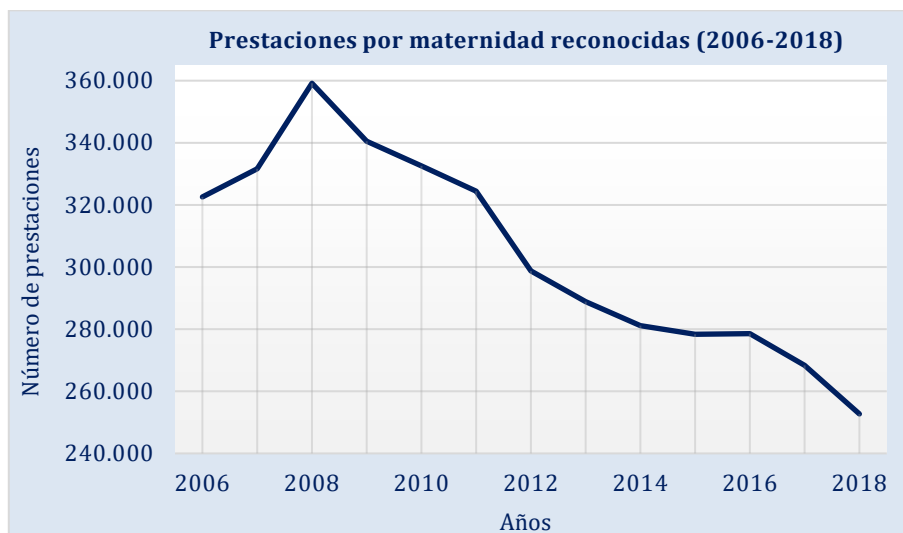
¹⁷ LEÓN LLORENTE, C., MARCALETTI, F., “Maternidad y trabajo...”, op. cit., pág. 55.

¹⁸ “Informe sobre el complemento de maternidad...”, op. cit., págs. 278-279.

III. C. Indicadores en materia de prestaciones y pensiones de la Seguridad Social

1) Prestaciones por maternidad reconocidas por el INSS: indicador que establece el número de procesos de maternidad reconocidos por el INSS, en valores absolutos, en un período de tiempo determinado.

Gráfico 13. Prestaciones por maternidad reconocidas (2006-2018).



Fuente: INSS. Elaboración propia.

De acuerdo a los datos disponibles, en el gráfico se muestra la tendencia descendente de los últimos años con relación al reconocimiento de la prestación por maternidad por parte del INSS¹⁹. Esta línea tiene un comportamiento similar a la evolución del número de nacimientos de mujeres en población activa, por lo que este descenso tan acusado estaría directamente relacionado con la bajada del número de nacimientos en general. El período 2007-2008 es el único de toda la serie histórica en el que se produce un incremento en el reconocimiento de esta prestación, período en el que igualmente aumentaron los nacimientos de mujeres en población activa.

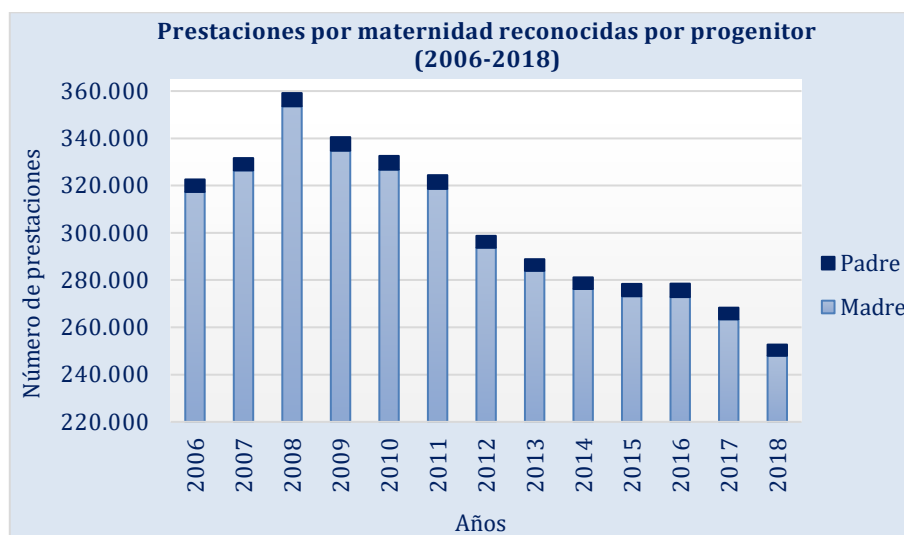
Estas prestaciones que tratan de compensar los efectos adversos en la carrera laboral producidos por el nacimiento de hijos no suponen un incentivo real a la maternidad, como así ponen de manifiesto los datos de las gráficas²⁰.

¹⁹ Prestación que estuvo activa hasta 2019, fecha en la que se aprobó la nueva prestación por nacimiento y cuidado de menor, que sustituyó a las extintas prestaciones por maternidad y paternidad (Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación).

²⁰ "Informe sobre el complemento de maternidad...", op. cit., pág. 283.

2) Prestaciones por maternidad reconocidas por el INSS, por progenitor beneficiario: indicador que establece el número de procesos de maternidad reconocidos por el INSS, en valores absolutos y por sexo del beneficiario en un período de tiempo determinado.

Gráfico 14. Prestaciones por maternidad reconocidas por progenitor (2006-2018).



Fuente: INSS. Elaboración propia.

Con relación al beneficiario de las prestaciones por maternidad, las mujeres superan con amplitud a las que se reconocen a los hombres. En 2018, las mujeres percibieron el 98% de las prestaciones totales de maternidad (247.975), frente al 2% de los hombres (4.731).

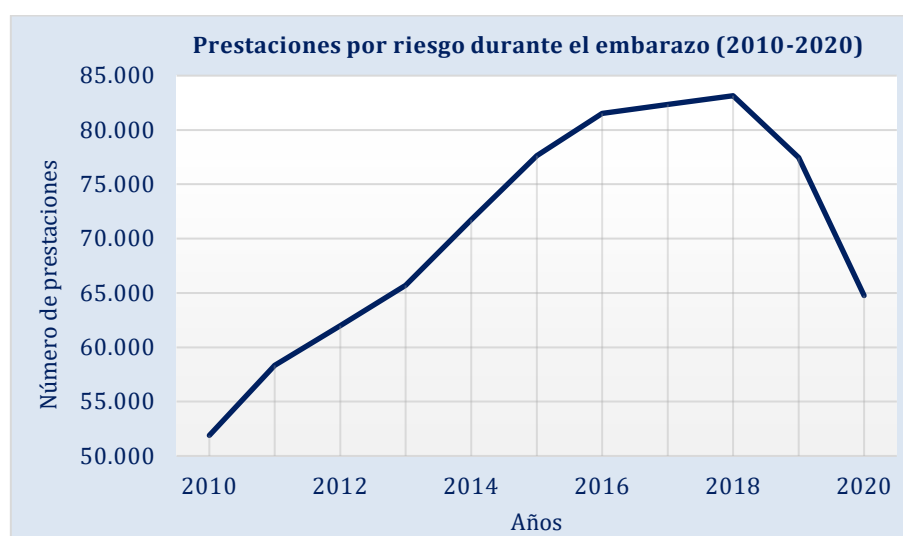
Es preciso tener en cuenta que, para las madres que cumplían los requisitos para acceder a esta prestación por maternidad, era obligatorio el descanso de seis semanas posteriores al parto, por lo que es evidente el alto porcentaje citado en el párrafo anterior. En cuanto al padre, en el gráfico se muestra el porcentaje de padres que fueron beneficiarios de la prestación por maternidad por cesión expresa de la titular del derecho, la madre.

De hecho, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), se produjo la implantación del permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo a partir del segundo, medida calificada como innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

3) Prestaciones por riesgo durante el embarazo: indicadores que representan las prestaciones por riesgo durante el embarazo que, en valores absolutos, se han reconocido en un período de tiempo determinado a trabajadoras por cuenta ajena.

3.1) Número de prestaciones reconocidas: indicador que informa del número de procesos de riesgo durante el embarazo iniciados anualmente por el INSS y las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

Gráfico 15. Prestaciones por riesgo durante el embarazo reconocidas (2010-2020).



Fuente: Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones. Elaboración propia.

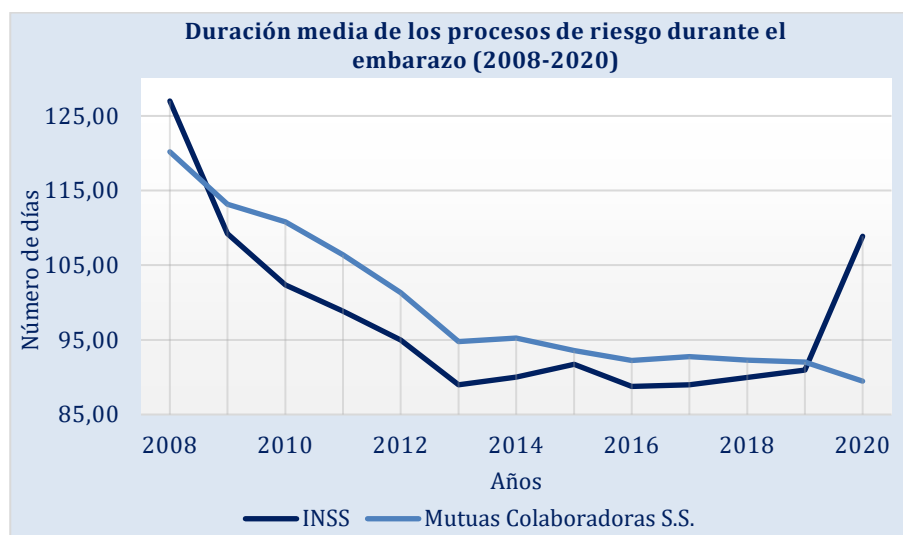
Este gráfico muestra la evolución del número de prestaciones por riesgo durante el embarazo reconocidas en el periodo 2010-2020. Los datos ponen de manifiesto que estas prestaciones son reconocidas en un 96,6% por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, dejando el 3,4% restante al INSS. Se aprecia una tendencia alcista hasta 2018, año en el que se alcanza el máximo de la serie histórica con 83.151 prestaciones reconocidas. En 2019 y 2020 se produce un descenso de 5.692 y 12.687 prestaciones respectivamente. Entendemos que éste último dato está motivado por las consecuencias derivadas por la pandemia por la COVID-19.

Esta tendencia alcista en contraposición con la prestación por maternidad, tiene una doble explicación: 1) la mayor información que existe sobre esta prestación desde su nacimiento; 2) las ventajas de la prestación en términos económicos, ya que es más beneficioso el percibo de la prestación de riesgo por embarazo, desde que se considera derivado de una contingencia profesional²¹.

²¹ NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., "Políticas de tutela frente a los riesgos en supuestos de embarazo y lactancia", Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, Sevilla, 2012, pág. 169.

3.2) Duración media de las prestaciones: indicador que informa de la duración media de los procesos de riesgo durante el embarazo reconocidos anualmente por el INSS y las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

Gráfico 16. Duración media de los procesos de riesgo durante el embarazo (2008-2020).



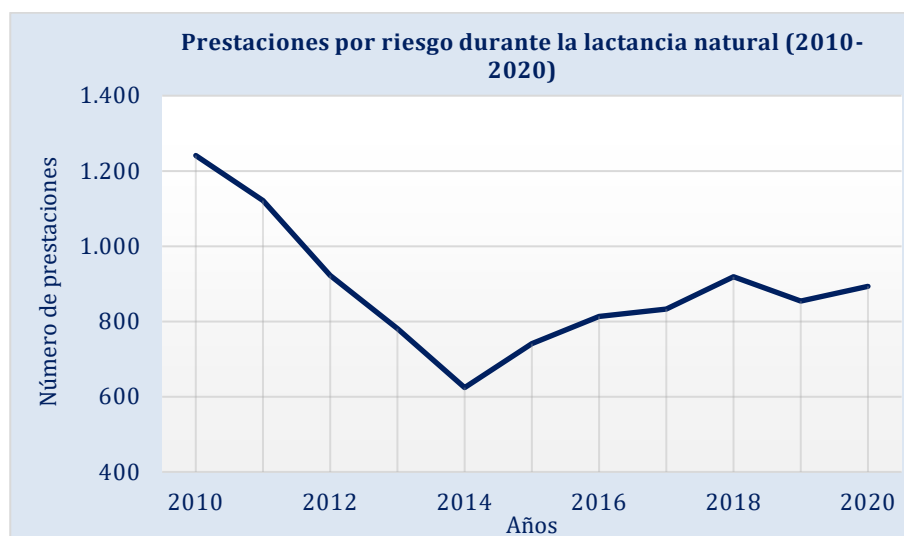
Fuente: INSS. Elaboración propia.

El gráfico permite apreciar el descenso continuo en la duración media de los procesos de riesgo durante el embarazo desde 2008. En el caso de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, esta duración media ha evolucionado desde los 120 hasta los 89 días en un período de 12 años. La duración media de las prestaciones reconocidas por el INSS, sigue un patrón similar, sin embargo, en 2020 se produce un cambio brusco de tendencia, alcanzado los 108,8 días. Cambio que será necesario analizar en el tiempo para poder determinar la justificación del mismo. En cualquier caso, probablemente esta tendencia alcista no sea muy representativa, puesto que el número de procesos iniciados por el INSS en 2020 ha sido de 2.761, frente a los 53.301 iniciados por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

4) Prestaciones por riesgo durante la lactancia natural: indicadores que representan las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural que, en valores absolutos, se han reconocido en un período de tiempo determinado a trabajadoras por cuenta ajena.

4.1) Número de prestaciones reconocidas: indicador que informa del número de procesos de riesgo durante la lactancia natural iniciados anualmente por el INSS y las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

Gráfico 17. Prestaciones por riesgo durante la lactancia natural reconocidas (2010-2020).



Fuente: Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones. Elaboración propia.

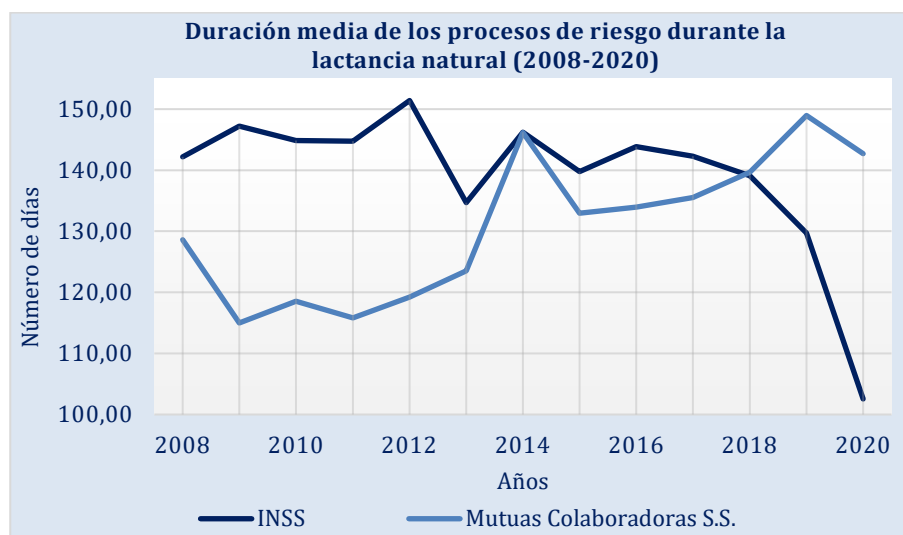
Este gráfico muestra la evolución del número de prestaciones por riesgo durante la lactancia natural reconocidas en el periodo 2010-2020. Los datos ponen de manifiesto que estas prestaciones son reconocidas en un 92,8% por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, dejando el 7,2% restante al INSS. Se aprecia una tendencia a la baja hasta 2014, año en el que se alcanza el mínimo de la serie histórica con 624 prestaciones reconocidas. El resto del periodo mantiene una tendencia alcista, salvo 2019 que experimenta una reducción de 65 casos.

La incidencia de esta prestación es mínima entre la población afiliada. Asimismo, no presenta una incidencia significativa en su gestión y trámite, debido fundamentalmente a la protección dispensada desde el ámbito de la tutela laboral, que permite la acumulación del permiso para el cuidado del lactante en jornadas completas, por lo que, en muchas ocasiones, la reincorporación de la mujer a su puesto de trabajo se produce cuando ha transcurrido dicha fase²².

²² NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., "Políticas de tutela...", op. cit., pág. 169.

4.2) Duración media de las prestaciones: indicador que informa de la duración media de los procesos de riesgo durante la lactancia natural reconocidos anualmente por el INSS y las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

Gráfico 18. Duración media de procesos de riesgo durante la lactancia natural (2008-2020).



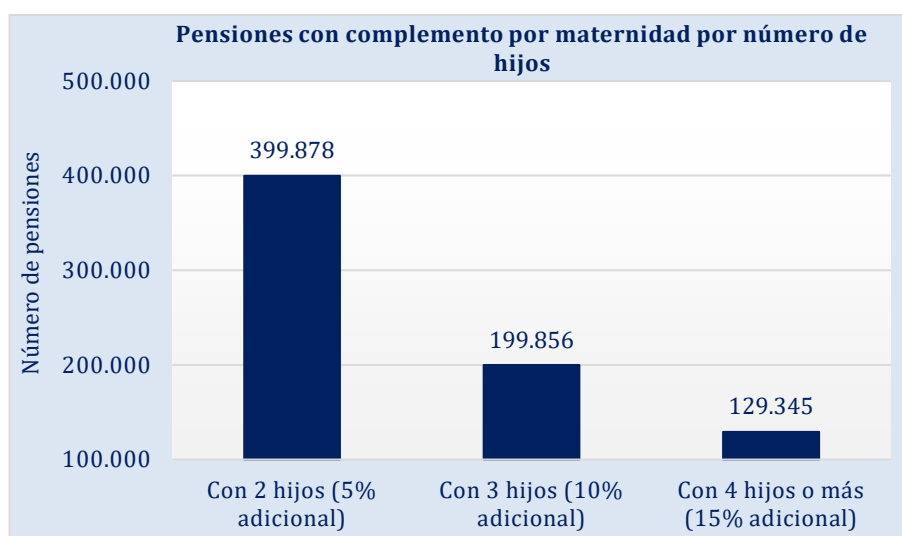
Fuente: INSS. Elaboración propia.

Como se puede observar en el gráfico, la duración media sigue una tendencia muy irregular en el tiempo, con notables diferencias en función de la entidad que reconozca la prestación. En términos generales, la duración de las prestaciones reconocidas por el INSS es mayor con respecto a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, salvo los dos últimos años, en los que se produce una brusca caída. En 2020, la duración media de las prestaciones reconocidas por el INSS fue de 102,5 días, frente a los 142,7 días de media de las reconocidas por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. El brusco cambio que sucedió en 2020, será necesario analizarlo en el tiempo para poder determinar la justificación del mismo. En cualquier caso, probablemente esta tendencia alcista no sea muy representativa, puesto que el número de procesos iniciados por el INSS en 2020 ha sido de 119, frente a los 709 iniciados por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

5) El complemento por maternidad en las pensiones de la Seguridad Social: en este apartado, se recogen los indicadores más representativos del complemento por maternidad que se aplica en los últimos años en las pensiones del Sistema de la Seguridad Social.

5.1) Pensiones con complemento por maternidad por número de hijos: indicador que informa del número total de pensiones en valores absolutos, del Sistema de la Seguridad Social, en función del número de hijos que haya tenido la mujer a lo largo de su vida. Los datos se corresponden al año 2020.

Gráfico 19. Pensiones con complementos por maternidad por número de hijos.



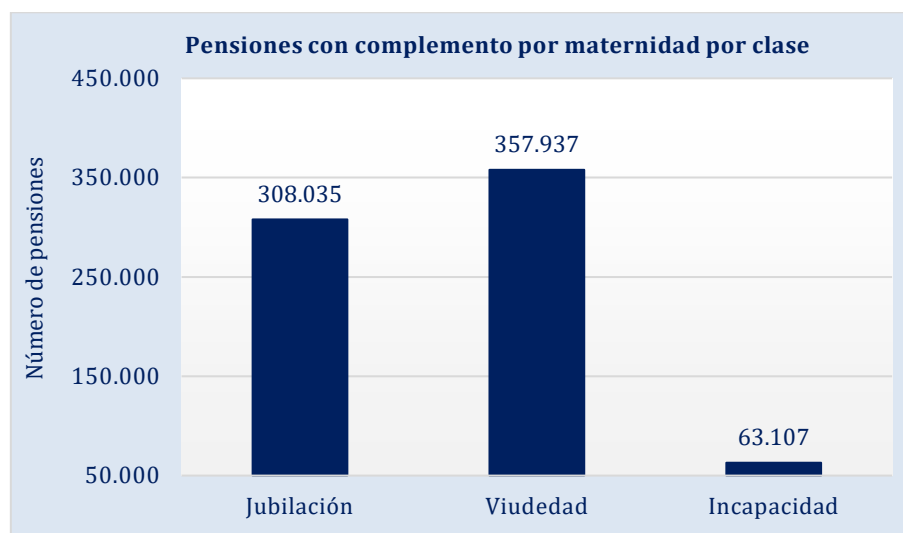
Fuente: Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Elaboración propia.

El gráfico representa el número total de pensiones que perciben complemento por maternidad en 2020, con relación al número de hijos de la mujer pensionista. Cerca de 730.000 mujeres perciben en la actualidad este complemento. En la mayoría de los casos, lo perciben las mujeres que tienen 2 hijos, lo que supone un incremento del 5% a aplicar en la cuantía inicial de la pensión. El importe medio del complemento es de 60,59 euros y la pensión media se establece en 937,88 euros.

En 2021, este complemento se ha modificado en cumplimiento de la STJUE 12/12/2019 (*Asunto WA C-450/18*), en la que se estableció que suponía una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, estaba prohibida por la Directiva 79/7/CEE. Actualmente se denomina “complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”.

5.2) Pensiones con complemento por maternidad por clase: indicador que informa del número total de pensiones en valores absolutos, del Sistema de la Seguridad Social, en función del tipo de pensión que se le haya reconocido a la mujer. Los datos se corresponden al año 2020.

Gráfico 20. Pensiones con complementos por maternidad por clase.



Fuente: Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Elaboración propia.

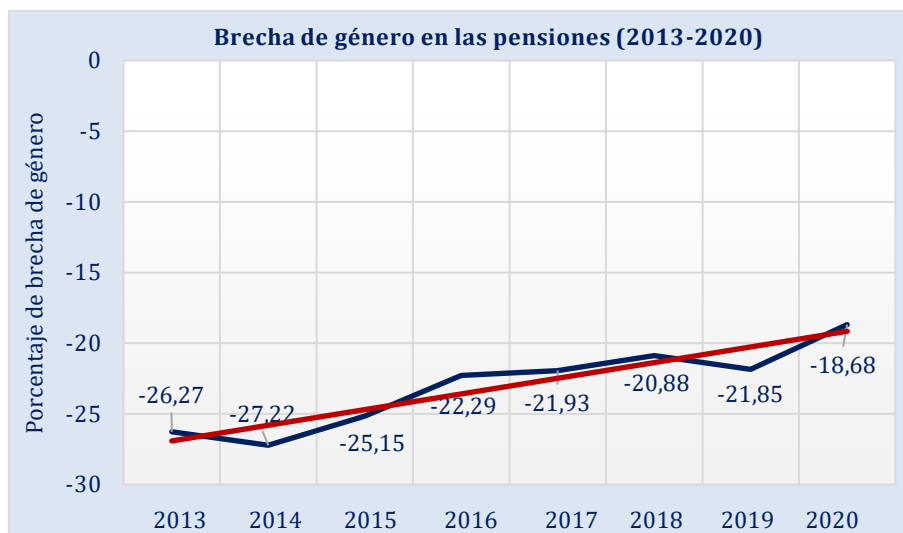
El gráfico representa el número total de pensiones que perciben complemento por maternidad en 2020, con relación a la clase de pensión de la mujer. En la mayoría de los casos lo perciben las mujeres con pensión de viudedad, seguido muy de cerca por las que perciben pensión de jubilación. Ambas pensiones acaparan el 91% de los complementos por maternidad que están reconocidos en 2020. Por tanto, el perfil de la mujer que percibe este complemento, es aquella que tiene una pensión de viudedad, que tuvo dos hijos y con un importe del complemento de 60,59 euros.

Entre otros motivos, este complemento se estableció para corregir la “doble penalización” sobre las mujeres trabajadoras como consecuencia de la maternidad: 1) salarios más bajos o carreras de cotización más cortas o discontinuas, y mayor recurso al “tiempo parcial”; y 2) pensiones más reducidas, como consecuencia de lo anterior²³.

²³ “Informe sobre el complemento de maternidad...”, op. cit., pág. 284.

5.3) Brecha de género en las pensiones: indicador que representa la diferencia o disparidad entre mujeres y hombres con respecto al importe medio de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social.

Gráfico 21. Brecha de género en las pensiones (2013-2020).



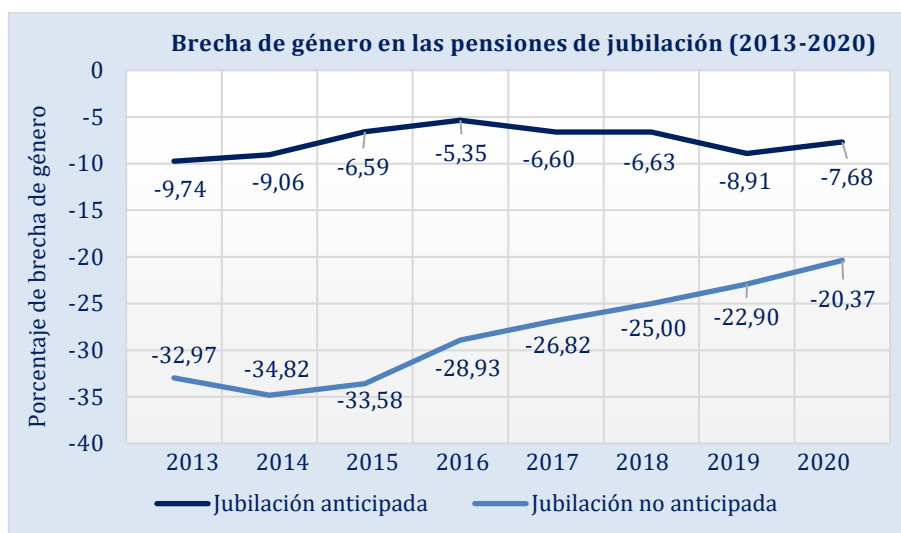
Fuente: Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Elaboración propia.

En los últimos años, la brecha de género en las pensiones se ha ido reduciendo de manera progresiva, como así se visualiza en la línea de la tendencia del gráfico (en color rojo). En la actualidad, la pensión media que perciben las mujeres es un 18,68% inferior a la de los hombres, mejor dato de la serie histórica. Las últimas reformas legales de 2021, han establecido un nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (art. 60 LGSS), permitiendo que ambos progenitores puedan ser beneficiarios.

A pesar de esta reducción de los últimos años, la tendencia presenta baja actividad, lo que conlleva que la brecha de género esté aún lejos de cerrarse. Aproximadamente se ha reducido de media un punto porcentual por año, por lo que, si la tendencia sigue a este ritmo, aún quedan bastantes años hasta alcanzar la equiparación real entre mujeres y hombres en las pensiones de la Seguridad Social.

5.4) Brecha de género en las pensiones de jubilación: indicador que representa la diferencia o disparidad entre mujeres y hombres con respecto al importe medio de la pensión de jubilación, en función de si la propia pensión se reconoce de manera anticipada o no.

Gráfico 22. Brecha de género en las pensiones de jubilación (2013-2020).



Fuente: Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Elaboración propia.

Con relación a la pensión de jubilación, el gráfico muestra que hay importantes diferencias entre la jubilación anticipada, con respecto a la que no lo es. Así, la brecha de género es mucho menor en mujeres más profesionalizadas que son las que se jubilan anticipadamente, lo que evidencia que han desarrollado trabajos con salarios más elevados.

Desde 2016, fecha en la que entró en vigor el complemento por maternidad se ha ido produciendo una reducción constante de esta brecha, lo que pone de manifiesto que el complemento de maternidad ha contribuido a la reducción de este indicador de género²⁴.

²⁴ Argumento y conclusión defendidos por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en documentación aportada en la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados. A tal efecto, véase INFORME DE EVALUACIÓN Y REFORMA DEL PACTO DE TOLEDO, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de noviembre de 2020 (Serie D, Núm. 175), pág. 31.

III. D. Indicadores en materia de cuidados, conciliación, corresponsabilidad y doble jornada

1) Interrupción del trabajo por cuidado de hijos: indicador que recoge el porcentaje de personas entre 18 y 64 años con algún hijo propio o de la pareja, según hayan dejado de trabajar o no durante al menos un mes seguido por cuidado de hijos, por sexo. Se han contabilizado aquellos casos con hijos menores de 15 años cuando la persona dejó de trabajar para cuidarlos. Se incluyen también las personas que no han trabajado nunca. Los datos se refieren a la Encuesta de Población Activa (EPA) de 2018.

Gráfico 23. Personas que han dejado de trabajar por cuidado de hijos (2018).



Fuente: INE. Elaboración propia.

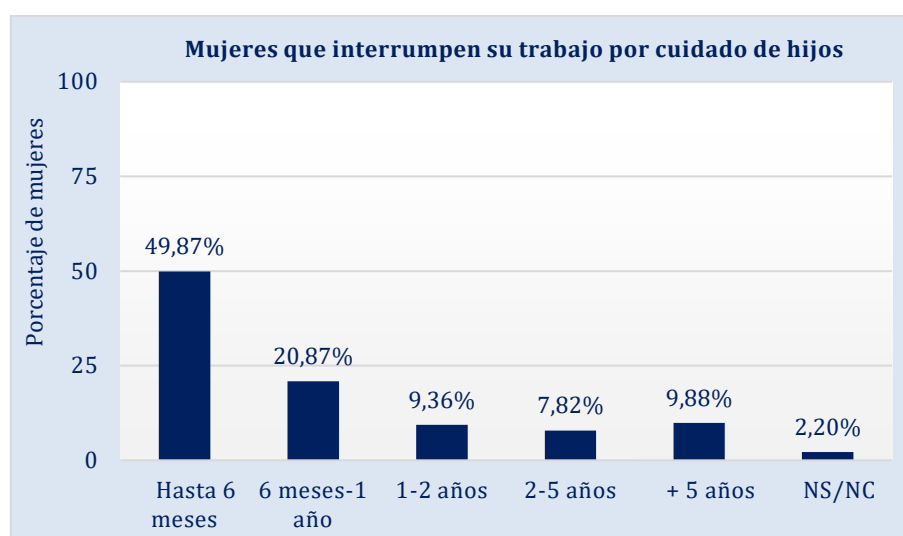
Los datos son muy claros, el 45,43% de las mujeres ocupadas sí han interrumpido su trabajo durante al menos un mes para el cuidado de hijos durante su vida laboral, frente al 7,87% de los hombres. Las mujeres siguen asumiendo en gran medida el cuidado de los hijos.

Algunos informes de sectores económicos específicos, ponen de manifiesto que las trabajadoras se ven forzadas a abandonar su puesto de trabajo antes que los hombres, en mitad de sus carreras profesionales (entre 30 y 44 años) y en mayor número que aquellos. Esa decisión está relacionada con el cuidado de familiares y, especialmente, con la maternidad, pues es en el citado período temporal cuando la mayoría de las mujeres europeas deciden ser madres²⁵.

²⁵ MELLA MÉNDEZ, L., "Mujer trabajadora y empleo tecnológico: medidas de actuación urgente contra la brecha digital de género", Trabajo y Derecho, núm. 66, 2020, sp.

2) Mujeres que interrumpen su trabajo por cuidado de hijos: indicador que recoge el porcentaje de mujeres entre 18 y 64 años con algún hijo propio o de la pareja, que haya interrumpido su trabajo por cuidado de hijos, según el tiempo total de la interrupción (exceptuando la excedencia). Se han contabilizado aquellos casos con hijos menores de 15 años cuando la mujer dejó de trabajar para cuidarlos, tanto los que residan en el hogar como a los que residan fuera del mismo y les cuiden regularmente. Se incluyen también las mujeres que no han trabajado nunca. Los datos se refieren a la Encuesta de Población Activa (EPA) de 2018.

Gráfico 24. Mujeres que interrumpen su trabajo por cuidado de hijos (2018).



Fuente: INE. Elaboración propia.

En el caso de los datos referidos a las mujeres ocupadas que cuidan a sus hijos, la mayoría opta por interrumpir su trabajo en un periodo inferior a 6 meses (49,87%). En general, a mayor duración de la interrupción, menor es el porcentaje de mujeres que acceden a esta situación.

Estas interrupciones laborales afectan de manera directa a la carrera profesional de las mujeres. Así, cuando los hijos cumplen una determinada edad en la que son más autónomos y necesitan menos cuidados, la madre tendría más disponibilidad laboral para mejorar su carrera profesional. Sin embargo, debido al retraso en la edad a la maternidad (31 años de media), la madre tendría una edad aproximada de 45 años, entrando en un intervalo de edad que haría más difícil su acceso al mercado laboral o la mejora de sus condiciones de trabajo²⁶.

²⁶ URIS LLORET, J.M., "Vigésimo aniversario de la Ley de Conciliación de la vida laboral y familiar", Igual, Revista de género e igualdad, núm. 3, 2020, pág. 52.

3) Reducción de horas de trabajo por cuidado de hijos: indicador que recoge el porcentaje de personas entre 18 y 64 años con algún hijo propio o de la pareja, según hayan disminuido sus horas de trabajo por cuidado de hijos, por sexo. Se han contabilizado aquellos casos con hijos menores de 15 años cuando la persona dejó de trabajar para cuidarlos, tanto los que residan en el hogar como a los que residan fuera del mismo y les cuiden regularmente. Los datos se refieren a la EPA de 2018.

Gráfico 25. Personas que han reducido sus horas de trabajo para el cuidado de hijos (2018).



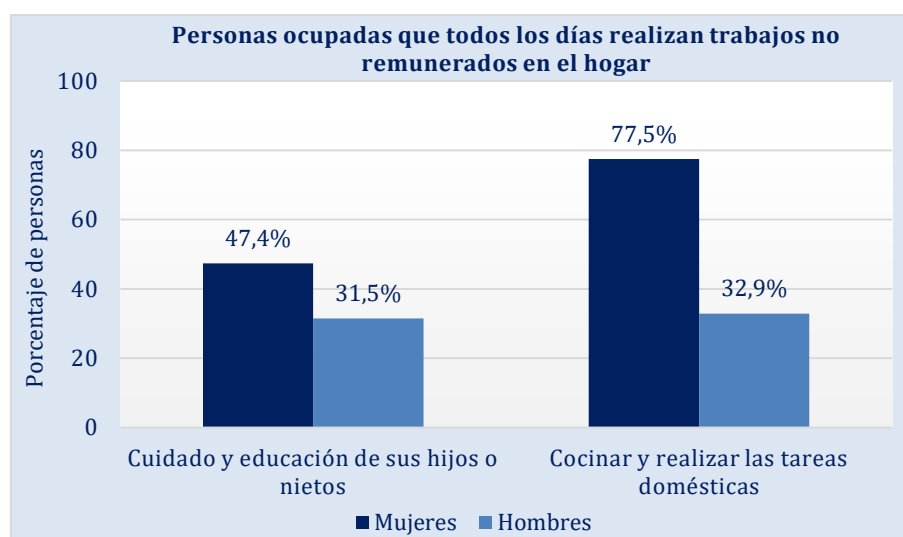
Fuente: INE. Elaboración propia.

Una vez más, los datos son muy claros, el 20,63% de las mujeres ocupadas sí han reducido sus horas de trabajo para el cuidado de los hijos, frente al 3,05% de los hombres. Datos que ponen de manifiesto que aún queda mucho hasta lograr la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos.

A propósito de esta corresponsabilidad, en los últimos años el legislador está fomentando la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y el ejercicio corresponsable en el cuidado de los hijos. Así, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, estableció que las personas trabajadoras, mujeres u hombres, tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo. Asimismo, sentó las bases de la nueva prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante. Sin duda, se trata de medidas que intentan mejorar los datos de este gráfico a los efectos de un reparto más equilibrado de reducción de horas de trabajo por cuidado de hijos entre cónyuges.

4) Trabajos no remunerados: indicador que informa del porcentaje de personas ocupadas, que todos los días realizan trabajos no remunerados en el hogar, por sexo y tipo de tarea. Los datos se refieren a la 6ª Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo (*European Working Conditions Surveys-6ª EWCS*), elaborada por *Eurofound* en 2015.

Gráfico 26. Personas ocupadas que todos los días realizan trabajos no remunerados en el hogar (2015).



Fuente: Eurofound (6ª EWCS). Elaboración propia.

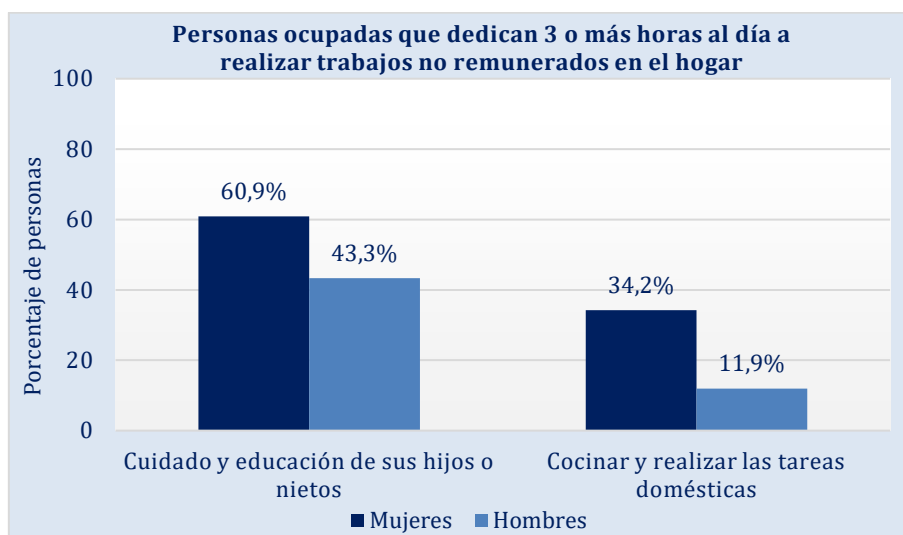
El gráfico muestra que las mujeres ocupadas tienen una mayor implicación en el cuidado de los hijos y las tareas propias del hogar frente a los hombres. Se destaca la diferencia de más de 44 puntos porcentuales entre mujeres y hombres con relación a las tareas domésticas y cocinar.

El hecho de que la mayor parte de estos trabajos no remunerados recaiga sobre las mujeres, refuerza sus desventajas socioeconómicas, puesto que se limita su acceso a la educación, a la atención de la salud y al empleo remunerado. Por ello, es necesario reconocer, reducir y redistribuir el trabajo doméstico y de cuidados, en ausencia de servicios adecuados²⁷.

²⁷ RAMOS QUINTANA, M.I., "Transformaciones del trabajo y derechos de las mujeres", Trabajo y Derecho, núm. 18, 2016, pág. 15.

5) Tiempo de trabajos no remunerados: indicador que informa del porcentaje de personas ocupadas, que dedican 3 o más horas al día en realizar trabajos no remunerados en el hogar, por sexo y tipo de tarea. Los datos se refieren a la 6ª Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo (*European Working Conditions Surveys-6ª EWCS*), elaborada por *Eurofound* en 2015.

Gráfico 27. Personas ocupadas que dedican 3 o más horas al día a realizar trabajos no remunerados en el hogar (2015).



Fuente: Eurofound (6ª EWCS). Elaboración propia.

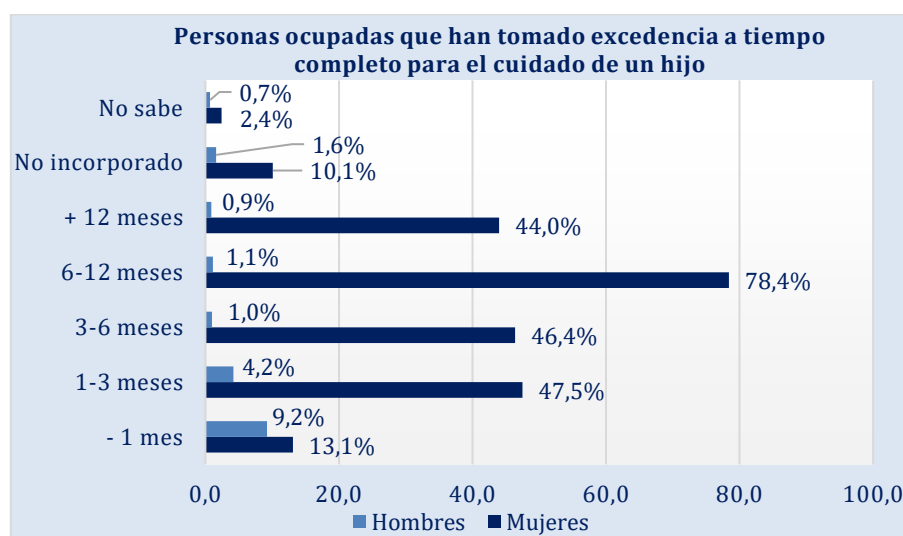
Con relación al tiempo de trabajo no remunerado en el hogar realizado por hombres y mujeres, el gráfico demuestra que las mujeres son las que dedican mayor número de horas con respecto a los hombres. Así, el 60,9% de las mujeres dedican 3 o más horas al día al cuidado y educación de sus hijos o nietos, frente al 43,3% de los hombres. Esta diferencia es mucho mayor cuando nos referimos a cocinar y realizar las tareas domésticas.

Las mujeres dedican diariamente por encima de 2 horas más al día de media a tareas domésticas (incluyendo cuidado de hijos) que los hombres. Casi el 70% de las horas dedicadas a trabajo doméstico no remunerado en España la realizan las mujeres²⁸.

²⁸ CONDE-RUIZ, J.I., "Gender Gaps...", op. cit., pág. 1.

6) Excedencias en el trabajo para cuidar un hijo: indicador que informa del porcentaje de personas ocupadas de 16 a 64 años que han tomado excedencia a tiempo completo para cuidar un hijo, según tiempo de excedencia y sexo. Todas las personas verifican tener al menos un hijo menor de 8 años, que están ocupadas o que no estándolo hayan trabajado en algún momento desde el nacimiento del menor de sus hijos. Los datos se refieren a la EPA de 2010.

Gráfico 28. Personas ocupadas que han tomado excedencia a tiempo completo para el cuidado de un hijo (2010).



Fuente: INE. Elaboración propia.

Con relación a la incidencia en el empleo por la existencia de hijos, el gráfico pone de manifiesto que, una vez más, las mujeres son las que en mayor medida toman un periodo de excedencia para el cuidado de los hijos. Los datos con respecto a los hombres son abrumadores, destacando que el 78,4% de las mujeres ocupadas ha tenido una excedencia de entre 6 y 12 meses (período de tiempo más empleado) a lo largo de su vida laboral, frente al 1,1% de los hombres. De acuerdo a los datos suministrados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, en términos globales, las excedencias por cuidado de hijos son tomadas en su gran mayoría por las mujeres, representando el 91% del total en 2019²⁹.

Sobre las condiciones de la vuelta al trabajo tras finalizar la excedencia, todos los hombres vuelven a una jornada de trabajo a tiempo completo. En el caso de las mujeres,

²⁹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, "Anuario de Estadísticas de 2019". Enlace: <https://bit.ly/2PAwBQR>.

sin embargo, el 55% vuelve a trabajar a tiempo completo, mientras que el 35% vuelve con reducción de jornada, un 7% deja el empleo y un 3% es despedida³⁰.

III. E. Conclusiones

De acuerdo a los datos reflejados en los gráficos anteriores, a modo de resumen, se describen las siguientes conclusiones:

1. Sobre los indicadores básicos, hay que precisar que la edad media de la mujer que accede a la maternidad sigue aumentando, situándose en 31,10 años en 2019. El número medio de hijos por mujer disminuye (1,24 en 2019), acercándose al mínimo de toda la serie histórica. Así, extrapolando estos datos al mercado de trabajo, las mujeres que forman parte de la población activa cada vez tienen menos hijos, puesto que el número de féminas activas no ha descendido en los últimos años.
2. En los últimos treinta y cinco años, la participación laboral de las mujeres, medida a través de las tasas de actividad, ha aumentado extraordinariamente en España, como consecuencia de los cambios sociológicos y económicos gestados en las últimas décadas. Sin embargo, las tasas de actividad de las mujeres siguen siendo más bajas que las de los hombres, lo que manifiesta la necesidad de seguir con medidas y políticas públicas dirigidas a disminuir esta brecha. Para ello, se deben incrementar los esfuerzos para lograr una sociedad más equilibrada e igualitaria en términos de género, reforzando la presencia transversal de las políticas de igualdad en todos los ámbitos de la acción pública³¹. A nivel mundial, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) apuesta por las medidas integrales formuladas específicamente para las mujeres, al objeto de reducir las brechas de género en el mercado laboral³².
3. En materia de prestaciones económicas de la Seguridad Social, los datos muestran un fuerte descenso de la prestación por maternidad que coincide con la bajada en el número nacimiento de las mujeres que forman parte de la población activa. El reconocimiento de prestaciones por riesgo durante el embarazo ha sufrido un fuerte descenso en el último año como consecuencia de la pandemia por la COVID-19. La duración media de la prestación por riesgo durante el embarazo ha descendido en la última década, situándose en 89 días, frente a los 120 del comienzo de toda la serie histórica.
4. Los datos que describen el sistema de conciliación y corresponsabilidad en el cuidado de los hijos no contemplan el uso y disfrute de permisos retribuidos

³⁰ INE. EPA 2010, Módulo de conciliación entre la vida laboral y la familiar.

³¹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, "La participación laboral...", op. cit., págs. 79-80.

³² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Perspectivas Sociales...", op. cit., pág. 13.

iguales e intransferibles para ambos progenitores, hecho que tuvo lugar a partir de 2019, con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. El progreso en conciliación laboral en España ha sido muy inferior al del resto de Europa, con una distribución de tareas domésticas por género sumamente desigual. Por ello, la combinación entre altas tasas de participación y la fuerte segmentación en la realización de las tareas del hogar puede tener un efecto significativo sobre las tasas de fertilidad y otras brechas en el mercado de trabajo³³. Para combatir estos efectos, será necesario aplicar en el ámbito de la empresa medidas de conciliación de la vida laboral y familiar y de corresponsabilidad en el cuidado de hijos y familiares. En caso contrario, el derecho de la mujer a ser madre acabaría imponiéndose a su derecho al desarrollo profesional³⁴.

5. En cuanto al trabajo a tiempo parcial, todos los datos estadísticos muestran una mayor presencia de la mujer con respecto al hombre, probablemente motivado por su mayor implicación en materia de cuidados de hijos y tareas domésticas, observándose diferencias importantes con respecto al hombre en muchos indicadores. Por tanto, es evidente el peso que el factor género tiene como elemento transversal a la hora de analizar el crecimiento del empleo a tiempo parcial entre las mujeres³⁵.
6. Sobre la interrupción del trabajo para el cuidado de hijos (exceptuando la excedencia), los datos muestran que en su mayoría son las mujeres las que optan por esta acción, prefiriendo abandonar su puesto de trabajo en un periodo inferior a 6 meses. Para afrontar estas situaciones, sería recomendable que el legislador hiciera planteamientos dirigidos a racionalizar los horarios de trabajo, potenciando el ajuste del tiempo laboral por necesidades familiares, en detrimento de la reducción de jornada, que tiene un claro impacto en la retribución vinculada al tiempo de trabajo. Medidas como el registro diario de la jornada realizada por los trabajadores, el fomento del teletrabajo o el impulso de las jornadas flexibles, etc., son claros ejemplos de ello³⁶.

Para finalizar, citamos uno de los objetivos que la OIT ha impuesto recientemente, que está orientado a lograr la igualdad de género en el ámbito laboral mediante un programa transformador, de forma que: 1) asegure la igualdad de oportunidades, la participación equitativa y la igualdad de trato entre mujeres y

³³ CONDE-RUIZ, J.I., "Gender Gaps...", op. cit., pág. 1.

³⁴ MELLA MÉNDEZ, L., "Mujer trabajadora...", op. cit., sp.

³⁵ ORTIZ GARCÍA, P., COSIMI, L., "Trabajo a tiempo parcial...", op. cit., pág. 48.

³⁶ ARAGÓN GÓMEZ, C., "El impacto de la brecha salarial en la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social", Documentación Laboral, núm. 115, 2018, pág. 79.

hombres; 2) posibilite una repartición más equilibrada de las responsabilidades familiares; 3) permita una mejor conciliación de la vida profesional y la vida familiar; y 4) promueva la inversión en la economía del cuidado³⁷.

IV. OBJETIVOS E HIPÓTESIS DEL ESTUDIO

Los objetivos principales que se quieren alcanzar con la elaboración de este trabajo de investigación, son los siguientes:

1. **Identificar, describir y analizar** todos los elementos que componen la triple tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: preventiva, laboral y prestacional.
2. **Analizar** los avances y los retos pendientes en esta materia, para poder formular un discurso jurídico coherente, que tenga en cuenta todos los recursos que se han empleado en la investigación, y que nos permita concluir sobre la tendencia jurídica-doctrinal del asunto en cuestión.

Para alcanzar estos objetivos principales, se plantean los siguientes objetivos específicos o parciales:

1. **Analizar** los indicadores sociolaborales que, en materia de maternidad, se publican por parte de entidades públicas u otras de reconocido prestigio en el ámbito de la estadística. Extraer conclusiones sobre los datos tratados para utilizarlas como base justificativa del discurso jurídico.
2. **Identificar y analizar** el significado de los textos legales que componen el marco normativo regulador de la tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral.
3. **Analizar** el contexto del marco normativo, mediante la interpretación de los textos legales. Para ello se deben estudiar los antecedentes históricos, su evolución en el tiempo, las posibles razones de los cambios legislativos, y la evolución del contexto social, económico o político que determine los cambios de las reglas jurídicas.
4. **Identificar, estudiar y aplicar** a nuestra investigación los casos que hayan sido objeto de tratamiento por parte de los tribunales de justicia con relación a la problemática que se derive del marco normativo objeto de análisis. En especial, aquellos que han sentado jurisprudencia. Se trata de determinar en términos globales, cuál es la respuesta jurídica para el asunto que estemos examinando.

³⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo”, 108ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2019, pág. 3.

5. **Estudiar y aplicar** a la investigación la doctrina científica que, sobre el asunto de esta tesis, esté publicada por parte de juristas de reconocido prestigio y experiencia en la materia.
6. **Identificar y estudiar** los convenios colectivos que recojan cláusulas relacionadas con la tutela de la maternidad. Incorporar a la investigación aquellas que recojan mejoras sustanciales con respecto al marco normativo regulador.
7. **Realizar** un análisis propositivo con todos los resultados obtenidos, de forma que se realicen propuestas de mejora en materia de protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral.

La investigación parte desde la hipótesis general de que, a pesar de la existencia de un marco normativo específico que configura la tutela de la trabajadora durante las situaciones relacionadas con la maternidad, este hecho biológico puede conllevar consecuencias negativas para la mujer en el ámbito laboral. Nos referimos principalmente a situaciones de perjuicio en materia de condiciones de trabajo, que se materializan, por ejemplo, a través de discriminaciones directas por razón de sexo, extinciones de contratos de trabajo que no se ajustan a los criterios legales, o a la falta de protección económica y social durante la maternidad en determinados periodos de tiempo.

Por tanto, se pretende demostrar que el establecimiento de este marco legal específico, que actúa como garantía de tutela de la maternidad en el lugar de trabajo, presenta en la actualidad aspectos que pueden suponer un perjuicio para la clase trabajadora, restando efectividad a dichos textos legales. Así, se producen supuestos en los que la igualdad de oportunidades en ámbito laboral no se materializa de forma correcta como consecuencia de estos efectos negativos originados por la maternidad. Todo ello teniendo en cuenta que, ante un hecho tan esencial como la aportación de vida a nuestra sociedad, el sistema no debería “penalizar” desde ningún punto de vista del ámbito laboral, a los trabajadores en general ni a las mujeres en particular, sino que, al contrario, debería servir de impulso para la mejora de condiciones laborales en base al esfuerzo personal y familiar que suponen estos hechos biológicos. Por ello, este trabajo pretende demostrar que esta tutela de la maternidad en el ámbito laboral presenta aspectos que no impiden que se desarrollen situaciones de conflicto que afectan de manera directa a las mujeres y que pueden derivar en hipotéticas situaciones de discriminación por razón de sexo.

V. METODOLOGÍA Y RECURSOS EMPLEADOS EN LA INVESTIGACIÓN

La metodología empleada en este estudio, es la investigación jurídico-doctrinal, que se basa en conocer el significado de los textos legales, exponiendo que casos concretos resuelven e indicando cuál es la respuesta adecuada a un problema planteado. Para ello, se ha conocido la forma en la que los jueces deciden ante una

concreta controversia jurídica, estudiando y analizando casos para determinar cuál es la respuesta jurídica para el asunto que estamos examinando. Asimismo, se ha recopilado la doctrina científica –monografías y artículos en publicaciones periódicas– para conocer la tendencia jurídica que está tomando un determinado asunto; y la posición de las normas colectivas sobre el objeto de este estudio. Con todos los resultados, se ha elaborado un discurso jurídico en el que se analizan todos los recursos empleados, concluyendo sobre la tendencia jurídica-doctrinal del asunto en cuestión y aplicando, cuando proceda, un enfoque propositivo.

De una manera más detallada, en cuanto a la metodología, las fases en las que transcurre el proceso de investigación de este trabajo, son las siguientes:

- **Fase 1: Identificación y análisis de los textos legales.** Para ello, se ha utilizado la técnica exegética o hermenéutica, entendida como un método interpretativo de las leyes, que se apoya en el sentido de las palabras de éstas. Se basa en la interpretación de las normas jurídicas, al objeto de determinar que problemas jurídicos específicos resuelven y valorar su adecuación para la solución de los problemas sociales que inspira su creación³⁸.

Para ello, el primer trabajo a realizar consiste en la llamada contextualización de la norma, término al que nos referimos cuando se estudian los antecedentes históricos, su evolución en un periodo histórico determinado, las posibles razones de los cambios legislativos, y la evolución del contexto social, económico o político que determina los cambios de las reglas jurídicas. En definitiva, se trata de la aplicación del “enfoque de carácter histórico para detectar cuáles eran las reglas precedentes y las razones que provocan su evolución para poder explicar por qué rigen las actualmente vigentes”³⁹.

A continuación, se realiza una labor de interpretación del contenido y significado de la regla jurídica, que se ha identificado previamente⁴⁰. Tarea que en muchas ocasiones se torna compleja, debido a la concurrencia normativa, expresada a través de una amplia pluralidad de fuentes del derecho. Así, se analiza el mandato legal concreto que se traduce en la determinación del ordenamiento jurídico, ámbitos y reglas de aplicación, beneficiarios, marco sancionador, etc.

En cuanto a los textos legales objeto de estudio, nos referimos a todos aquellos que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico laboral, sin olvidar la normativa que emana de la Unión Europea.

³⁸ MONTOYA MEDINA, D., “Aspectos instrumentales y metodológicos de la investigación universitaria del Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 3, 2018, pág. 21.

³⁹ CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología...”, *op. cit.*, 78.

⁴⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología...”, *op. cit.*, pág. 88, en referencia a SEGURA ORTEGA, M., “Sobre la interpretación del Derecho”, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

- **Fase 2: Estudio de casos.** Identificación y análisis de las resoluciones de los tribunales de justicia, principalmente del Orden Jurisdiccional Social. Se trata de analizar aquellas sentencias que traten casos concretos relacionados con los textos legales identificados e interpretados en la fase anterior. Interesa conocer como resuelven los tribunales las diferentes problemáticas y conflictos que pueden surgir en la aplicación del marco normativo. En caso de posturas contrarias, se debe realizar un análisis en conjunto para identificar las diferentes corrientes de los tribunales de justicia y así poder extraer conclusiones en un sentido amplio. En este análisis es fundamental conocer la jurisprudencia que se haya generado sobre un determinado asunto. Recordemos que la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho⁴¹. Asimismo, se estudian igualmente todas aquellas sentencias dictadas por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia que siguen una misma tendencia y argumentación jurídica ante problemáticas similares. Por último, interesa conocer la jurisprudencia que puede emanar del Tribunal Constitucional. Con toda esta información se puede determinar cuál es la respuesta jurídica para el asunto que estemos examinando.
- **Fase 3: Estudio de la doctrina científica.** Ésta se basa en opiniones y argumentos expresados por otros juristas en trabajos de investigación materializados a través de monografías o publicaciones periódicas en revistas propias del área de conocimiento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, así como de la Seguridad y Salud Laboral. Se trata, por tanto, de ideas formuladas por especialistas en la materia con amplia experiencia en muchos casos que sirven de guía para avanzar en el estudio de la materia objeto de la tesis.
- **Fase 4: Estudio de normas colectivas.** En algunas de las materias objeto de estudio se ha considerado conveniente conocer el contenido de la negociación colectiva a través de las cláusulas de los convenios. Así, se trata de identificar la posición de estas normas con respecto al marco jurídico analizado, tarea ciertamente compleja, puesto que las fuentes de los convenios son muy diversas, así como la especialización de los mismos es muy variable. Se realiza una comparativa entre textos de diferentes empresas o sectores productivos. En cualquier caso, lo verdaderamente interesante es determinar en qué grado estos convenios incorporan mejoras sustanciales con respecto al marco normativo que regula una determinada materia en el ordenamiento jurídico. Esta fase se ha ejecutado principalmente en el Capítulo 2 de este trabajo.

⁴¹ Art. 1.6 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

- **Fase 5: Análisis propositivo.** Por último, nuestro estudio estará completo cuando, desde el rigor científico, se realice una valoración crítica del discurso jurídico que en conjunto se ha ido elaborando de acuerdo a las fases anteriores. Para ello, es esencial propiciar un enfoque propositivo de esta valoración, de forma que se realicen aportaciones concretas y propuestas de medidas que, en definitiva, persiguen una mejora del marco normativo. Se trata de dar una respuesta adecuada a las situaciones de conflicto que se han estudiado en las fases anteriores, siempre que los resultados de la investigación así la hagan necesaria. Es importante precisar que este análisis no podrá llevarse a cabo sin la ejecución de las fases anteriores, puesto que careceríamos de argumentos sobre los que basarnos en nuestras propuestas. En definitiva, lo propositivo es el resultado de un conocimiento previo de una realidad jurídica concreta, con valoraciones propias de insuficiencias o resultados negativos que aconsejan adoptar medidas que se pudieran proponer⁴².

En cuanto a los principales recursos empleados para elaborar este trabajo, citamos los siguientes: 1) textos legales, tanto de ámbito nacional como europeo, publicados principalmente en BOE y DOUE; 2) Convenios y Recomendaciones de ámbito internacional que emanan de la OIT; 3) Resoluciones de los tribunales de justicia, incluidas las que sientan jurisprudencia, entendida como el conjunto de soluciones que ciertos tribunales dan sobre una cuestión controvertida, interpretando y aplicando la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Emanan fundamentalmente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional; 4) doctrina científica, manifestada a través de publicaciones científico-jurídicas en forma de monografías y artículos en revistas de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, así como de la Seguridad y Salud Laboral; 5) normas colectivas, expresadas a través de convenios colectivos de diferentes ámbitos, tanto nacionales, como de carácter sectorial o empresarial; y 6) otros estudios técnico-legales elaborados por entidades gubernamentales nacionales o europeas, o por entidades de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de la Seguridad y Salud Laboral. Entre ellas, destacan el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y los ministerios que tienen asumidas las competencias de Trabajo y Seguridad Social.

Una vez ejecutadas todas las fases, se ha elaborado un discurso jurídico en el que se analizan todos los recursos citados empleados, concluyendo sobre la tendencia jurídica-doctrinal del asunto en cuestión.

⁴² CRUZ VILLALÓN, J., "La metodología...", op. cit., pág. 119,

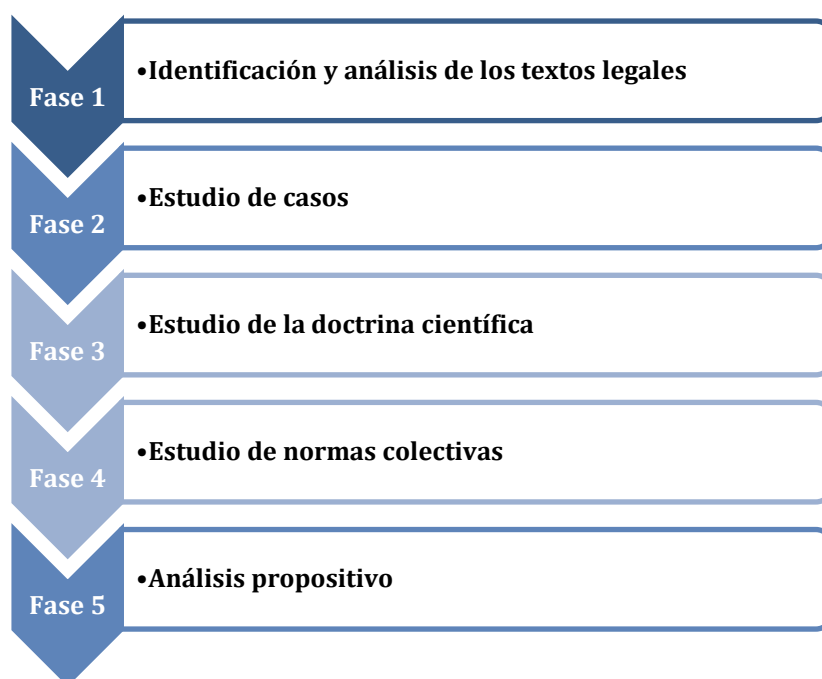


FIGURA 0.1. Fases del proceso de investigación.

VI. ESTRUCTURA DE LA TESIS Y RESULTADOS OBTENIDOS

Con objeto de facilitar la lectura y comprensión de este trabajo de investigación, se ha considerado oportuno incluir una breve descripción de la estructura de la tesis y su contenido.

Este trabajo se estructura en una primera parte de *Introducción y cuestiones generales*, cuatro Capítulos, unas *Conclusiones finales y propuestas*, *Bibliografía y recursos electrónicos* y *Listado de tablas, gráficos y figuras*.

En la **primera parte**, *Introducción y cuestiones generales*, se realiza una aproximación inicial al tema de estudio. Se trata de realizar una breve introducción de la materia objeto de la tesis mediante la explicación de su importancia y justificación, así como el estado de la cuestión. Se plantean, asimismo, los objetivos del trabajo y la hipótesis de partida que sirve de guía para orientar el transcurso de la tesis. El análisis estadístico que se contiene en esta primera parte se utiliza como punto de partida para conocer el estado de la cuestión. Por último, se describe la metodología, los recursos empleados y las diferentes fases del proceso de investigación.

En el **Capítulo 1**, *La mujer trabajadora como sujeto de protección en el ordenamiento jurídico laboral: la maternidad como hecho causante*, se realiza una aproximación inicial a todas las cuestiones relacionadas con el marco normativo y científico doctrinal que regulan la tutela de la mujer en el mercado de trabajo en general y la protección de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o que se encuentre en situación de lactancia, en particular. Se trata de dar a conocer y analizar toda la problemática jurídico laboral que gira en torno a la mujer en el ámbito de las

relaciones laborales, destacando aquella que está relacionada con las situaciones derivadas de la maternidad. Asimismo, se realiza un breve glosario de los términos que más frecuentemente se han utilizado en el trabajo. Por último, se explica el significado de la triple tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: preventiva, laboral y prestacional. Tutelas que se describen en los tres capítulos de resultados que se identifican a continuación.

El **Capítulo 2**, *La acción preventiva y protectora de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, se centra en el estudio y análisis de la “tutela preventiva” de la mujer trabajadora embarazada, en parto reciente y durante la lactancia natural en el marco de la seguridad y salud en el trabajo. Para ello, el estudio se estructura en los tres niveles de acción que ampara la LPRL: preventivo, protector y promotor de la salud laboral. Asimismo, se realiza un estudio del reconocimiento médico como instrumento de vigilancia de la salud de la trabajadora embarazada y otro sobre la necesidad de comunicar la situación de maternidad a la empresa.

El **Capítulo 3**, *La protección laboral de la maternidad*, se centra en el estudio y análisis del segundo nivel que se ha determinado dentro de las políticas de tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: el acceso, la permanencia y la salida del mercado de trabajo de la mujer embarazada, en parto reciente o lactancia natural. La que llamamos como “tutela laboral”. Se trata de analizar las garantías específicas que establece la legislación laboral para la protección de la mujer trabajadora que se encuentre en determinadas situaciones biológicas relacionadas con la maternidad. Hablamos de mecanismos de protección encargados de regular cuestiones como las diferentes modalidades de suspensión temporal del contrato de trabajo asociadas a la maternidad o las garantías frente al despido de estas trabajadoras.

El **Capítulo 4**, *La tutela prestacional de la trabajadora embarazada o en período de lactancia*, se encarga del estudio y análisis del tercer pilar de la tutela de trabajadora: la “tutela prestacional”. Se analiza desde un punto de vista normativo, jurisprudencial y doctrinal a través de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, por el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural. Asimismo, se describe el nuevo “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, tras las modificaciones aprobadas en 2021, comparándolo con el “complemento por maternidad” que estuvo en vigor hasta ese momento.

Las *Conclusiones finales y propuestas*, recogen un resumen global de las principales conclusiones que se han extraído de todos los capítulos de la tesis, así como de las propuestas que en todo el texto se han ido incorporando. Se trata de extraer unas conclusiones generales del trabajo bajo un enfoque propositivo de mejoras dirigidas a mejorar la triple tutela de la mujer durante las situaciones relacionadas con la maternidad.

En la *Bibliografía y recursos electrónicos*, se recogen todos los recursos empleados para la redacción de esta tesis. Nos referimos a las referencias que a modo de pie de página se han ido incorporando en todo el texto de la tesis.

Por último, a efectos de facilitar al lector la localización de determinada información, se ha elaborado un *Listado de tablas, gráficos y figuras*, añadidas durante todo el trabajo.

VII. ACRÓNIMOS MÁS UTILIZADOS

AN:	Audiencia Nacional.
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
CE:	Constitución Española.
CEE:	Comunidad Económica Europea.
CSE:	Carta Social Europea.
DA:	Disposición adicional.
DOCE:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea.
INE:	Instituto Nacional de Estadística.
INSHT:	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
INSS:	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
INSST:	Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.
LCVFL:	Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
LET:	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
LGSS:	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LISOS:	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LOIMH:	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

LPRL:	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
LRJS:	Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.
NTP:	Nota Técnica de Prevención.
OIT:	Organización Internacional del Trabajo.
OMS:	Organización Mundial de la Salud.
ONU:	Organización de las Naciones Unidas.
PRL:	Prevención de Riesgos Laborales.
PST:	Promoción de la salud en el trabajo.
RSP:	Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.
SAN:	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SJS:	Sentencia de Juzgado de lo Social.
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJCE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ:	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia.
TC:	Tribunal Constitucional.
TES:	Trabajador especialmente sensible.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia.
TS:	Tribunal Supremo.
UE:	Unión Europea.

CAPÍTULO 1

La mujer trabajadora como sujeto de protección en el ordenamiento jurídico laboral: la maternidad como hecho causante

1.1. INTRODUCCIÓN

En este *Capítulo* inicial se realiza una aproximación a todas las cuestiones relacionadas con el marco normativo y científico doctrinal que regula la tutela de la mujer en el mercado de trabajo en general y la protección de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o que se encuentre en situación de lactancia, en particular. Así, el objetivo del *Capítulo 1* es definir este marco conceptual que gira en torno a la mujer trabajadora, así como centrar el tema del trabajo de investigación en su conjunto, focalizado hacia la triple tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral y que posición ocupa dentro del marco general de actuación de las políticas dirigidas a la trabajadora.

En primer lugar, en el epígrafe 1.2 se realiza un estudio de toda la problemática jurídico laboral que gira en torno a la mujer en su relación con el ámbito laboral, centrándonos en aquellos temas en los que esté implicada directamente las situaciones relacionadas con la maternidad. Así, de manera concreta nos detenemos en el principio de igualdad por razón de sexo en el ámbito laboral, la precariedad del mercado laboral femenino y sus consecuencias, y la normativa que ha activado la tutela antidiscriminatoria. A nivel específico, se analizan los conflictos más visibles que actualmente se debaten en torno a estas situaciones. Nos referimos a la igualdad de remuneración y brecha salarial de género, la brecha de género en el ordenamiento de la Seguridad Social, las políticas activas de empleo destinadas a mujeres, y la maternidad en el ámbito laboral.

En segundo lugar, se expone un breve glosario de los términos que más frecuentemente se han utilizado en la investigación y sobre los que ha girado todo nuestro discurso jurídico. El objetivo esencial es crear un punto de referencia donde el lector podrá acudir para obtener una información básica de estos términos: concepto jurídico, objeto, alcance, marco normativo esencial, etc. En cualquier caso, son definiciones de corta extensión que se han configurado como punto de partida y antesala de nuestra argumentación jurídica, en la que se profundiza en estos términos y sirve como eje en el que plantear las diferentes problemáticas legales y como han sido resueltas por la jurisprudencia y la doctrina científica.

En tercer y último lugar, se ha elaborado un discurso jurídico en torno a la estructura de esta tesis, centrada en la triple tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: preventiva, laboral y prestacional. Así, la tutela preventiva basada en las medidas de prevención y protección de la LPRL se explica a través de la definición de trabajador especialmente sensible y el estándar de prevención que debe aplicarse. La tutela laboral se describe en base al principio de igualdad y a la no discriminación por razón de sexo en todos los ámbitos de las relaciones laborales. Y la tutela prestacional se analiza desde el punto de vista del sustento económico de la trabajadora que, como consecuencia de su maternidad, se ve obligada a suspender su contrato de trabajo.

1.2. LA MUJER EN EL TRABAJO: CONDICIONES LABORALES Y MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE TRATO EN EL EMPLEO

El estudio estadístico que hemos realizado en el apartado *Introducción y cuestiones generales* de esta tesis y documentos técnicos del Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público del Empleo Estatal, analizados con ocasión de nuestro trabajo de investigación, nos han puesto de manifiesto, entre otras conclusiones, que la presencia de la mujer en el mercado de trabajo se ha ido incrementando de manera considerable en las últimas décadas, llegando a constituir algo menos de la mitad de la población activa⁴³. Sin embargo, la situación actual y los diferentes indicadores de género que se estudian en el mercado laboral indican que, hoy en día sigue habiendo diferencias en las condiciones de trabajo de las mujeres con respecto a las de los hombres. A modo de ejemplo, con los datos obtenidos de organismos oficiales podemos citar importantes conclusiones: 1) las tasas femeninas de actividad y empleo son inferiores a las masculinas; 2) la tasa de paro de las mujeres, es superior a la de los hombres; 3) más de seis de cada diez contratos de trabajo a tiempo parcial fueron suscritos por mujeres, en cambio los contratos a tiempo completo, fueron suscritos por hombres en seis de cada diez casos; 4) el volumen de contratación femenina es inferior a la masculina; 5) la cifra de mujeres desempleadas de larga duración prácticamente duplica a la de los hombres; y 6) los contratos de las quince ocupaciones con mayor contratación indefinida representan menos del 6% de la contratación femenina total, mientras que los de las quince con mayor contratación temporal superan el 57%⁴⁴.

Por tanto, con estos datos objetivos se puede afirmar que la precariedad sigue estando presente en el mercado laboral femenino, hecho que constituye un reto para las políticas públicas dirigidas a garantizar la igualdad en el ámbito laboral. La situación de las mujeres dista mucho de ser equiparable a la de los hombres y se constatan importantes diferencias que podrían derivar en discriminaciones directas e indirectas por razón de sexo⁴⁵. En este sentido, no podemos olvidar que nuestro ordenamiento jurídico tiene mecanismos que activan la acción de la tutela antidiscriminatoria, entendida como medidas tendentes a evitar la discriminación por razón de género y son básicamente dos: la prohibición de la discriminación directa

⁴³ Según datos del INE, durante el cuarto trimestre de 2020, el 47,11% de la población activa total estaba constituido por mujeres.

⁴⁴ Datos correspondientes al año 2019, de acuerdo al “Informe del mercado de trabajo de las mujeres”, elaborado por el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público del Empleo Estatal (Ministerio de Trabajo y Economía Social), publicado en abril de 2020. A nivel de Andalucía, prácticamente todos los indicadores mencionados siguen el mismo patrón que el documento estatal. Información que se puede contrastar consultando el informe “La mujer en el mercado de trabajo andaluz. Datos de 2019”, elaborado por el Observatorio Argos. Sistema de Prospección Permanente del Mercado de Trabajo de Andalucía. Servicio Andaluz de Empleo. Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Publicado en 2020.

⁴⁵ ARAGÓN GÓMEZ, C., “Mujer y acceso al mercado de trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 4, 2018, pág. 45.

(por razón de sexo) salvo en los casos de la buena fe ocupacional y la prohibición de la discriminación indirecta⁴⁶.

Debemos tener presente que todas las personas son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 de la Constitución Española (CE)). Particularmente en el ámbito laboral, los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua o discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate (arts. 4.2 y 15.6 LET). Por lo que, serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta por estas razones (art. 17.1 LET).

1.2.1. Reformas del marco jurídico

El marco normativo que ha ido reforzando en los últimos años esta tutela antidiscriminatoria, está constituido por normas de diferente rango que han abordado la protección de la mujer en el ámbito laboral desde diferentes puntos de vista. Citamos las que hemos considerado más relevantes para el abordaje de nuestra investigación, que se centran en la tutela de la maternidad en el ámbito laboral. Así, en primer lugar, nos referimos a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL), que planteó principalmente modificaciones en la LET, LPRL y LGSS entre otras normas⁴⁷. Esta ley completó la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa comunitaria (Directivas 92/85/CEE, de 19 de octubre y 96/34/CEE, de 3 de junio) e internacional (Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES), superando incluso los niveles mínimos de protección de éstas. El texto legal introdujo cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores pudieran participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres⁴⁸. La norma de 1999

⁴⁶ OLMOS PARÉS, I., “El principio de igualdad y la tutela: contra la discriminación”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 23, 2008, pág. 71.

⁴⁷ Se presentó como Proyecto de Ley del Gobierno («BOCG. Congreso de los Diputados», serie A, núm. 172-1, de 24 de mayo de 1999. (Número de expediente 121/000172)). Se tramitó por el procedimiento de urgencia («BOCG. Congreso de los Diputados», serie A, núm. 172-3, de 11 de junio de 1999) y fue aprobado de forma definitiva por el Congreso (21 octubre y se publica en BOCG el 28 octubre).

⁴⁸ Exposición de motivos LCVFL.

introdujo importantes modificaciones en la tutela de la mujer trabajadora durante la maternidad, desde un punto de vista preventivo, laboral y prestacional. Así, por su importancia y trascendencia para nuestro estudio citamos a modo de ejemplo, las siguientes: 1) incluyó el riesgo durante el embarazo como nueva causa suspensiva del contrato, creándose una prestación económica asociada a esta modalidad de suspensión; 2) amplió hasta los seis años de edad del menor como causa de suspensión en los supuestos de adopción o acogimiento; 3) incluyó el acogimiento preadoptivo o permanente; 4) en los casos de partos múltiples, la duración del permiso se amplió en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo; y 5) la madre podía optar por que el padre disfrutara de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. En resumen, se trató de una norma con cierta trascendencia que venía a dar cumplimiento al mandato de la UE y que inició el reconocimiento de la situación de riesgo durante el embarazo como causa suspensiva y como prestación económica de la Seguridad Social.

En segundo lugar, nos referimos a la LOIMH, norma que introdujo en el ordenamiento jurídico laboral el concepto de “riesgo durante la lactancia natural” y que surgió para hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en diferentes ámbitos de la sociedad, entre el que se encontraba el laboral, referido a modificaciones concretas en la LET de 1995 y en la LGSS de 1994. Las reformas que introdujo responden a las pautas que han guiado la evolución de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral desde sus orígenes⁴⁹. Así, al igual que la LCVFL, esta norma hizo aportaciones relevantes en el sistema protector de la maternidad desde un punto de vista preventivo, laboral y prestacional. Por su importancia y trascendencia para nuestro estudio, citamos a modo de ejemplo las siguientes: 1) incrementó proporcionalmente la duración del permiso por lactancia en los casos de parto múltiple. Asimismo se amplió el ejercicio de este derecho bajo la modalidad de acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegara con el empresario, respetando en su caso lo establecido en aquélla; 2) incorporó como nuevas causas de suspensión del contrato de trabajo el riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y la paternidad; 3) incorporó nuevas causas de nulidad del despido: riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad; 4) diseñó nuevas prestaciones económicas: por riesgo durante la lactancia natural (en los mismos términos que los establecidos para la prestación por riesgo durante el embarazo) y por paternidad. En coherencia con los cambios producidos paralelamente en la LET de 1995; y 5) efectuó dos importantes modificaciones en la prestación por

⁴⁹ AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. Extra 2, 2007, pág. 73.

riesgo durante el embarazo: a) tendría la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, no de comunes como hasta el momento; y b) incrementó el porcentaje de la base reguladora, pasando del 75% al 100%. Por tanto, se trata de una norma de gran relevancia para nuestro estudio, puesto que sienta las bases de la prestación por riesgo durante el embarazo y amplía el ámbito protector para las situaciones relacionadas con los supuestos de riesgo durante la lactancia natural de menor de nueve meses. Así, las modificaciones introducidas por la LOIMH, tienen un propósito flexibilizador y expansivo, permitiendo la extensión de la protección económica a un mayor número de eventuales beneficiarios⁵⁰.

En tercer y último lugar, es preciso mencionar el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación que, entre otros aspectos, introduce como novedad la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante hasta que el menor cumpla los doce meses de edad. Se trata de la norma que contiene la configuración más reciente del marco normativo de protección de la maternidad, por lo que nos vamos a detener y profundizar en la explicación de la misma.

Con relación a los aspectos procedimentales y de tramitación parlamentaria de esta norma, es preciso mencionar que: 1) se dictó con rango de Real Decreto-ley de acuerdo con el art. 86.1 CE, justificándose en su exposición de motivos que concurren los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad que habilitan al Gobierno para aprobarlo⁵¹. Sin embargo, la doctrina científica no comparte los argumentos empleados por el Gobierno para tener que acudir a la figura del Real Decreto-ley, puesto que al igual que otras normas similares, no se detectan estos requisitos extraordinarios y urgentes⁵². Asimismo, es debatible igualmente la oportunidad legislativa del momento, ya sea desde la perspectiva de su dudosa "extraordinaria y urgente necesidad" cuanto del hecho cierto de haberse aprobado una vez disueltas las Cortes Generales y en plena precampaña electoral⁵³; 2) se convalidó por Resolución de 3 de abril de 2019 del Congreso de los Diputados, dando así cumplimiento al art. 86.2 CE; y 3) el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 07/05/2019, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 2206-2019, promovido

⁵⁰ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., VELASCO PORTERO, T., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas", Dykinson, Madrid, 2008, pág. 77.

⁵¹ SSTC 142/2014, FJ 3 y 33/2017, FJ 3.

⁵² MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G., "Nuevas medidas de Seguridad Social al cierre de la XII legislatura: a propósito de los denominados "viernes sociales"", Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 19, 2019, págs.13-28.

⁵³ MOLINA NAVARRETE, C., "¿"Espíritu social", "técnica maquiavélica"?, el "derecho" que queda de las "leyes de viernes social" al desvanecerse su "humo político"", Revista de Trabajo y Seguridad Social. Núm. 433, 2019, págs. 5-27.

por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra el Real Decreto-ley 6/2019⁵⁴.

Inicialmente, esta norma se elaboró con el propósito de establecer las garantías necesarias para hacer efectiva la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, materia que demandaba su revisión y actualización⁵⁵. Pretende corregir los discretos resultados que las medidas promocionales y de fomento incluidas en la LOIMH tuvieron en el mercado de trabajo, a pesar de calificarse como una ley pionera en el desarrollo legislativo de los derechos de igualdad de género en España. Por tanto, se trataba de eliminar las discriminaciones que sufren las mujeres por el embarazo y la maternidad y a remarcar el derecho de las personas trabajadoras a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, redefiniendo las prestaciones a la luz de los nuevos derechos⁵⁶. Esta norma prosigue el itinerario normativo marcado por la LOIMH, en cuanto a la equiparación mujer-hombre de eliminación así de tratos normativos diferenciados⁵⁷.

Antes de entrar en el contenido de esta norma y con relación a los aspectos más formales del Real Decreto-ley 6/2019, conviene citar que las prestaciones por maternidad y paternidad pasan a denominarse prestaciones por “nacimiento y cuidado del menor de doce meses”, sustituyendo los términos “maternidad”, “paternidad” y “parto” por “nacimiento”; “trabajador” por “persona trabajadora”; “hijo” por “hijo o hija”; y “empresario” por “empresa”, dejando la redacción de los preceptos de una forma más genérica e impersonal⁵⁸. Asimismo, el “permiso por lactancia”, pasa a denominarse “permiso por cuidado del lactante”, hecho demandando históricamente por la doctrina científica⁵⁹ y se crea la prestación económica por “ejercicio corresponsable del cuidado del lactante”.

En cuanto al contenido, en materia de protección de la maternidad y paternidad, ha supuesto un significativo cambio en la configuración de determinados derechos y prestaciones asociadas al nacimiento, cuidado del lactante, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar. Esta norma, concebida como un paso más hacia la plena igualdad, contiene siete artículos que se corresponden con la modificación de

⁵⁴ «BOE» núm. 115 de 14/05/2019.

⁵⁵ GÚTIEZ SAINZ-PARDO, A., “¿Garantiza la igualdad de trato y oportunidades el Real Decreto-ley 6/2019 sobre conciliación familiar y laboral?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 955, 2019, s/p.

⁵⁶ ROMERO BURILLO, A.M., “De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el RD-Ley 6/2019”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019.

⁵⁷ STSJ de Castilla La Mancha de 02/04/2019.

⁵⁸ MARTÍNEZ BOTELLO, P., “De las prestaciones por maternidad/paternidad a la de nacimiento y cuidado del menor de 12 meses”, *Aranzadi Doctrinal*, núm.1, 2020.

⁵⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2014, pág. 406.

siete normas con rango de ley, que inciden de forma directa en la igualdad entre mujeres y hombres. Para nuestro estudio, nos vamos a centrar en las modificaciones introducidas en la LET y en la LGSS.

En primer lugar, en la LET se produjeron los siguientes cambios:

1. **Período de prueba:** la reforma del art. 14 LET incluyó un párrafo en el que se determinó que la resolución empresarial del contrato de la trabajadora (durante el periodo de prueba) que se encontrara: a) embarazada (“desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el art. 48.4”); o b) en situación de maternidad, es nula, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad. Antes de esta reforma, a las mujeres embarazadas que se encontraban en estos casos, les quedaba únicamente la posibilidad de solicitar amparo por discriminación por razón de sexo, pero había que aportar indicios y el hecho de estar embarazada y de que el empresario fuera o no conocedor de esta circunstancia, no bastaba como único indicio, sino que había que alegar algo adicional⁶⁰. Esta modificación cambia el esquema normativo y provocará una respuesta similar en los tribunales cuando se enfrenten a esta situación, con independencia de cuál sea el momento temporal por el que discurre su relación laboral, como ya se está poniendo de manifiesto en algún fallo judicial⁶¹. A la trabajadora que ostente la cualidad de demandante en un proceso de despido por medio del cual impugne la medida de extinción de su empresario, le bastará con acreditar su estado biológico, sin que tenga incidencia alguna si el empleador conocía o no el mismo⁶².
2. **Suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar:** como novedad, se produjo la equiparación de la duración del permiso para ambos progenitores (esta equiparación total se produjo en fecha de 01/01/2021, según lo establecido en la Disposición transitoria decimotercera). Se estableció que se trataba de un derecho individual de la persona trabajadora, sin que pudiera transferirse su ejercicio al otro progenitor, como así se permitía hasta el momento. Por ello, debemos olvidarnos de las diferentes situaciones que en origen se podían producir, en tanto que la madre biológica como titular originaria del derecho podía decidir cómo administrar los periodos de suspensión. Por tanto, se ha otorgado una suspensión de dieciséis semanas para cada progenitor, adoptante, guardador o acogedor, de las cuáles, seis deben disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e

⁶⁰ DE JESÚS SILVANO, S.M., “La protección frente a la extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas tras el Decreto-Ley 6/2019, con breve reseña comparativa a la normativa portuguesa al respecto”, Diario La Ley núm. 9470, Wolters Kluwer, 2019.

⁶¹ STSJ de Galicia de 18/06/2019.

⁶² ASQUERINO LAMPARERO, M.J., “El período de prueba y el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 224, 2019, pág. 103.

ininterrumpida inmediatamente después del nacimiento, de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Entendemos que esta obligatoriedad responde al deber de la corresponsabilidad en el cuidado de los menores, para que sean ambos progenitores de forma conjunta los que se hagan cargo de los cuidados y atenciones del menor durante las seis primeras semanas. Las diez semanas restantes, se pueden disfrutar en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, dentro de los doce meses siguientes al nacimiento, a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Es llamativa la flexibilidad con la que se favorece este derecho, que permite suspender el contrato durante diez semanas en un periodo de doce meses, a elección de los trabajadores.

3. **Nacimientos múltiples:** se distribuyeron las dos semanas adicionales, a razón de una por cada progenitor lo que, en nuestra opinión, se traduce en una desventaja o retroceso con respecto al texto anterior, puesto que podrían generarse situaciones en las que se vería reducido el tiempo para el cuidado del menor.
4. **Permiso por nacimiento de hijo:** se suprimió, y con toda lógica, puesto que, ante la equiparación de los descansos de ambos progenitores, carecía de sentido el mantenimiento de estos dos días de permiso. En este sentido, la disposición derogatoria única establece la derogación de normas de igual o inferior rango que se opongan o contradigan lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2019, pero no determina expresamente ningún tipo de derogación de las normas convencionales que mejoren o superen la consecución de los derechos tratados⁶³.
5. **Permiso para el cuidado del lactante:** ha evolucionado hacia un derecho individual e intransferible de las personas trabajadoras, siendo el objeto central el “cuidado del lactante” y omitiendo directamente la referencia que en el texto modificado se realizaba sobre el acto de la lactancia en sí mismo⁶⁴. Por tanto, entendemos que el legislador ha asumido las posturas doctrinales y jurisprudenciales que entendían este permiso de forma amplia, abarcando más aspectos que el puramente acto de la lactancia⁶⁵. Por último, el legislador permite una ampliación de este derecho, determinando que cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el período de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante

⁶³ STSJ del País Vasco de 16/07/2019.

⁶⁴ BARRIOS BAUDOR, G.L., “Nuevo régimen jurídico del cuidado del lactante en el ámbito laboral”, Aranzadi Doctrinal, núm. 8, 2019.

⁶⁵ SAN 29/03/2004.

cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses.

- 6. Sobre la extinción del contrato de trabajo de la mujer embarazada:** se amplió el lapso de tiempo, o “periodo de protección”, por el que el despido de la trabajadora tras reincorporarse a su puesto de trabajo, se podría declarar nulo, pasando de nueve a los doce meses actuales desde la fecha del nacimiento del hijo, siempre que se produjera una vulneración del art. 55.5 c) LET⁶⁶.

Y, en segundo lugar, la LGSS se modificó en los siguientes términos:

- 1. Prestación económica para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante:** se generó esta nueva prestación hasta que el menor cumpliera los doce meses de edad. Se considera situación protegida, la reducción de la jornada de trabajo en media hora que lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad.
- 2. Real Decreto 295/2009,** de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, como norma que desarrolla reglamentariamente los aspectos más concretos de estos derechos. Se debería actualizar su contenido, tanto lo referente a la forma (denominaciones y beneficiarios), como al contenido en sí mismo, puesto que en numerosas ocasiones nos remite a preceptos y aspectos concretos de la LGSS que ya están derogados o modificados de forma sustancial.

En definitiva, el Real Decreto-ley 6/2019, ha supuesto el impulso definitivo para alcanzar la paridad con respecto a la maternidad-paternidad, definiéndolo como un derecho individual de la persona trabajadora, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor. Se ha producido la plena equiparación de ambos progenitores, con independencia del sexo de los mismos y de la naturaleza de esta maternidad-paternidad. Las modificaciones introducidas son importantes y, además, son tanto de carácter estructural o procedimental como de fondo, pero en todo caso son favorables para los beneficiarios de los permisos relacionados con la maternidad-paternidad⁶⁷. El legislador pretende promover acciones que vayan encaminadas a conseguir el cuidado compartido y corresponsable de los menores, no dejando recaer esta obligación en la madre, como ocurre en muchas ocasiones. Por ello, entendemos que no se trata de una finalidad laboral propiamente dicha, sino que va más allá, intentando propiciar con estas pequeñas acciones o

⁶⁶ SSTS de 23/12/2014 y 06/07/2012 y STSJ de Andalucía de 08/03/2017.

⁶⁷ GALA DURÁN, C., “Las novedades incorporadas en el RDL 6/2019: la “transformación” de los permisos por maternidad y paternidad”, La Administración Práctica núm. 6, 2019, pág. 95.

regulaciones normativas, un cambio de modelo social o de mentalidad, en cuanto al cuidado de los neonatos.

Por último, sobre la extraordinaria y urgente necesidad de aprobar esta norma, se debería realizar un ejercicio de reflexión, de forma que se justifique con el máximo nivel de detalles el uso de esta figura jurídica, puesto que en los últimos años se podría pensar en que se está produciendo un abuso del empleo del Real Decreto-ley como instrumento para legislar. Además, no olvidemos que se ha presentado un recurso de inconstitucionalidad que fue admitido a trámite por el alto tribunal.

A pesar de los avances normativos que se han producido en los últimos años, es obvio que hoy en día sigue habiendo numerosas controversias que surgen como consecuencia de estas diferencias entre sexos. A modo de ejemplo y, al objeto de centrar y enmarcar el ámbito de nuestro estudio, citamos algunos de los conflictos más visibles que actualmente se debaten en torno a estas situaciones.

1.2.2. Igualdad de remuneración y brecha salarial de género

La igualdad de remuneración por razón de sexo es un derecho que se contempla en el art. 28 LET⁶⁸. Conlleva un deber para la empresa, por el que ésta debe pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella. Es decir, a igual trabajo misma retribución. Este precepto viene a completar lo establecido en el art. 35.1 CE, por el que se establece el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

En el ámbito comunitario, ya se recogía en el art. 4 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) que, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. A nivel internacional, recordemos que el Convenio núm. 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración (1951), establece en su art. 2.1 que todo Miembro deberá promover y garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor⁶⁹.

⁶⁸ Introducido por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico laboral en el art. 28 LET de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores).

⁶⁹ Convenio núm. 100 ratificado por España en fecha de 06/11/1967 («BOE» núm. 291, de 04/12/1968.)

Asimismo, a raíz de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, se definió la igualdad entre trabajos (modificación del art. 28 LET). A saber, dos trabajos tienen igual valor “cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad, sean equivalentes”⁷⁰. Se trata de una aclaración de este concepto que, en nuestra opinión, mejora sensiblemente y nos da pautas para su identificación, sin embargo, no es preciso en su totalidad, dejando un componente de subjetividad al empresario. Nos referimos al concepto de “equivalente”, de igual valor entendemos, término que permite identificar estas situaciones pero que no aclara de manera definitiva la igualdad entre trabajos.

Asimismo, la norma de 2019 va más allá, estableciendo obligaciones concretas para las empresas y pidiendo explicaciones para aquéllas que no cumplan con los requisitos que se han determinado. Así, toda empresa está obligada a “llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor”. Contenidos que podrán ser consultados por los trabajadores de la empresa a través de sus representantes legales. Para algunos autores, en aquellas empresas que no tengan esta representación, los trabajadores igualmente tendrán este derecho de acceso al registro⁷¹. Se trata de un registro salarial que, entendemos, obedece a la Recomendación de la Comisión (2014/124/UE), de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. Texto que proporciona orientaciones a los Estados miembros para ayudarlos a aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igualdad de retribución⁷². De hecho, en esta Recomendación se establece el límite de los 50 trabajadores a partir del cual, las empresas deben informar de la remuneración media por categoría de trabajador o puesto, desglosada por sexos.

El legislador avanza más y determina que, cuando en las empresas con cincuenta o más trabajadores “el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras”. Es decir, la empresa debe

⁷⁰ Definición que ya había sido solicitada por algunos autores con anterioridad a 2019. Nos referimos a SÁEZ LARA, C., “¿Es posible eliminar la brecha salarial de género?”, en obra colectiva AA.VV., Coord. SÁEZ LARA, C., “Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas”, Ediciones Laborum, Murcia, 2016, pág. 118.

⁷¹ SÁEZ LARA, C., “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”, Revista Derecho Social y Empresa, núm. 12, 2020, págs. 14-15.

⁷² Preámbulo del Real Decreto-ley 6/2019.

justificar las diferencias entre retribuciones que sean superiores al veinticinco por ciento, siendo éstas desagregadas por sexo. Se trata de poner de manifiesto la existencia de una prueba de un fin legítimo y la adecuación y proporcionalidad de la medida para conseguir este fin. En cualquier caso, si acudimos a las resoluciones de los tribunales de justicia, para detectar los motivos de justificación no se admiten: la aplicación de convenios colectivos distintos en la empresa; el ejercicio de derechos de ausencia por situaciones de embarazo, nacimiento y cuidado de hijo/hija; o la aplicación de complementos individuales o de criterios de valoración de los trabajos con efectos discriminatorios⁷³. En cualquier caso, los supuestos resueltos por los tribunales de justicia han permitido detectar y erradicar numerosas prácticas salariales discriminatorias para las mujeres, tanto en España, como en el resto de Europa⁷⁴.

Como desarrollo del art. 28 LET, se aprobó el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que tiene por objeto “establecer medidas específicas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva, desarrollando los mecanismos para identificar y corregir la discriminación en este ámbito y luchar contra la misma” (art.1). Estas medidas específicas se centran en los registros retributivos, las auditorías retributivas y la transparencia en la negociación colectiva. Sin duda era el camino a seguir, de acuerdo a lo aprobado en la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025⁷⁵, documento de referencia que, en opinión de algunos autores, supondrá “la implantación de un planteamiento transformador que integrará la perspectiva de género en todas las políticas y actuaciones, promoverá un cambio de las actitudes sociales y abordará todas las dimensiones intersectoriales de la discriminación, de tal modo que su contribución habrá de ser necesariamente positiva en el medio plazo”⁷⁶.

En definitiva, se trata de cumplir con la obligación de igual retribución por trabajos de igual valor, para lo que deberá tenerse en cuenta la naturaleza de las funciones y tareas, las condiciones educativas, las condiciones profesionales y de formación, las condiciones laborales y los factores relacionados con el desempeño⁷⁷. Con esta norma se sigue así la estela marcada por otros países de nuestro entorno

⁷³ SÁEZ LARA, C., “Registro salarial...”, op. cit., pág. 26.

⁷⁴ SÁEZ LARA, C., “¿Es posible eliminar...”, op. cit., pág. 102.

⁷⁵ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación COM (2020) 152 final, de 05/03/2020. Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025: una Unión de la igualdad”, 2020.

⁷⁶ GRAU PINEDA, C., “La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 y la brecha en las pensiones”, Trabajo y Derecho, núm. 73, 2021.

⁷⁷ CALLAU DALMAU, P., “La aplicación del principio de igualdad de retribución contemplado en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre. Referentes supranacionales y alcance normativo”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 58, 2021, pág. 294.

como Francia, Bélgica y Gran Bretaña, que ya habían aprobado con anterioridad normas similares⁷⁸.

A pesar de este marco normativo que hemos citado brevemente, la realidad es que hoy en día no existe igualdad plena en cuanto a los salarios que perciben hombres y mujeres. Para definir esta situación, ha surgido el concepto de *brecha salarial de género*. Se trata de la diferencia entre el salario bruto por hora de los hombres y el de las mujeres, expresado como porcentaje del salario bruto por hora de los hombres⁷⁹. La brecha salarial de género en la UE durante 2019 fue del 14,1% y solo ha cambiado mínimamente durante la última década. Significa que las mujeres ganan un 14,1% menos por hora que los hombres⁸⁰. Esta brecha salarial de género se debe, al menos en parte, a la brecha salarial por maternidad, definida por la OIT como la diferencia salarial entre madres y no madres. Las madres parecen sufrir una penalización salarial mientras que los padres parecen ser recompensados con una prima de sueldo. La OIT apuesta por “compartir más equitativamente los deberes familiares entre hombres y mujeres, así como servicios adecuados de cuidado infantil y de cuidados para los adultos mayores”⁸¹.

La existencia de una normativa nacional que garantiza un descanso remunerado por nacimiento de hijo, no está logrando acabar con la brecha salarial por maternidad, que incluso puede tener un “efecto disuasorio sobre la contratación de mano de obra femenina si no va acompañada de medidas que, en paralelo, pongan coto a los estereotipos de género vinculados al cuidado de los hijos”⁸².

Todos estos datos ponen de manifiesto que se deben seguir implementando políticas públicas que vayan dirigidas a reducir esta diferencia salarial y a establecer mecanismos de control en las empresas. Las novedades normativas de 2019 y 2020 caminan en esa senda. Habrá que esperar el efecto real que producen sobre la brecha salarial de género y por maternidad; y si son suficientes las medidas implantadas o si, por el contrario, deberán establecerse otras de mayor calado. Algunos autores ya vaticinan que la consolidación de esta normativa permitirá alcanzar una sociedad más justa e igualitaria, “generando para la mujer una integración efectiva a nivel económico

⁷⁸ SÁEZ LARA, C., “¿Es posible eliminar...”, op. cit., pág. 119.

⁷⁹ COMISIÓN EUROPEA, “Portal web sobre igualdad salarial”. Enlace: <https://bit.ly/3caDtgC>. Definición que comparten EUROSTAT, el INE y la OCDE.

⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA, “Portal web sobre igualdad salarial”. Enlace: <https://bit.ly/3c90sc6>.

⁸¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Informe mundial sobre salarios 2018/19: ¿qué hay detrás de la brecha salarial de género?”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, pág. 102. Los datos demuestran que la brecha salarial por maternidad oscila entre el 1% o menos en Canadá, Mongolia o Sudáfrica, y el 30% en Turquía. En cambio, la prima por paternidad puede oscilar entre el 2% en Mongolia y el 26% en el caso de la República de Corea (Resumen ejecutivo, pág. xx).

⁸² LOZANO LARES, F., “Los déficits de protección social del trabajo femenino”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 58, 2021, págs. 122-123.

y social, una mayor justicia a través de normas igualitarias y una seguridad más afianzada en el entorno laboral”⁸³.

1.2.3. La brecha de género en el ordenamiento de la Seguridad Social

El Sistema de la Seguridad Social se construyó en un periodo histórico donde el trabajo productivo era mayoritariamente de los hombres e imperaba la división sexual del trabajo⁸⁴. Las funciones familiares y laborales de hombres y mujeres respondían a patrones culturales significativamente distintos de los actuales⁸⁵. Igualmente sabemos que la mujer se ha ido incorporando de forma masiva en el mercado de trabajo en las últimas décadas, hecho que no se ha traducido en una situación igualdad con respecto a los hombres en materia de condiciones de trabajo. Sí es cierto que, el Sistema de la Seguridad Social se ha ido modernizando en los últimos años, especialmente en las medidas de protección social relativas a la maternidad y la conciliación. Sin embargo, en otros ámbitos ajenos a la diferenciación de la mujer como sujeto procreador, no se ha profundizado. Por ello, desde el acceso masivo de las mujeres al mercado de trabajo, es necesaria una reforma en profundidad de la Seguridad Social⁸⁶.

Las reformas que en los últimos años se han producido en el marco normativo de la Seguridad Social, fueron planteadas con el objetivo de reducir la brecha de género entre hombres y mujeres y tuvieron como resultado una dimensión más reactiva o coyuntural que preventiva o estructural. Hoy en día, los indicadores de género ponen de manifiesto que estas medidas no han logrado una equiparación efectiva en la cobertura de mujeres y hombres. Ello evidencia la necesidad de medidas estructurales tanto en materia laboral, como en el ámbito específico de Seguridad Social, referidas a la propia configuración del sistema y a la forma de acceso a las prestaciones⁸⁷. Así, la Recomendación núm. 17 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020, establece que es indispensable y necesario, “garantizar la igualdad efectiva en el ámbito laboral, tanto en el acceso al empleo como en las condiciones de trabajo, evitando que sean las mujeres las que tengan carreras profesionales más cortas, irregulares e inestables, dada la repercusión negativa que tales circunstancias tienen en sus prestaciones”. Para ello, se propone acometer

⁸³ SÁNCHEZ PÉREZ, J., “Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y la tutela frente a la discriminación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 453, 2020, pág. 133.

⁸⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F., “La reforma de la seguridad social desde una perspectiva de género”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 31, 2012, pág. 34.

⁸⁵ MUÑOZ MOLINA, J., “La mujer en el ordenamiento de la Seguridad Social”, en obra colectiva AA.VV., Coord. SÁEZ LARA, C., “Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas”, Ediciones Laborum, Murcia, 2016, pág. 200.

⁸⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F., “La reforma...”, *op. cit.*, pág. 34.

⁸⁷ COMISIÓN DE SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DE LOS ACUERDOS DEL PACTO DE TOLEDO, “Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo” (Recomendación núm. 17). *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie D: General, 27/11/2020, núm. 187, pág. 61.*

reformas estructurales en diferentes ámbitos, en los que la mujer se encuentra en una posición de desigualdad con respecto a los hombres: 1) cuidado de las personas dependientes: en su mayoría es efectuado por mujeres, por lo que se ha de contribuir a potenciar la corresponsabilidad, evitando la perpetuación de roles de cuidado; 2) brecha salarial de género (descrita anteriormente): se necesitan medidas que permitan identificar las discriminaciones retributivas y, sobre todo, garantizar que la remuneración es la misma por trabajo de igual valor; 3) lagunas de cotización: deben introducirse las correcciones necesarias para evitar los perjuicios derivados de los vacíos involuntarios de cotización por la irregularidad de las carreras profesionales, al objeto de que no se produzca un efecto desproporcionado en el cálculo de las pensiones y de favorecer el acceso pleno de las mujeres a pensiones propias; 4) trabajo a tiempo parcial: desarrollado en su mayoría por mujeres y en un alto porcentaje no por libre elección⁸⁸; 5) revisión de las pensiones mínimas: percibidas en su mayoría por mujeres, incluidas las no contributivas, los complementos por mínimos y la pensión de viudedad. El objetivo es garantizar progresivamente un umbral de garantía universal, suficiente y digno; y 6) aplicación del principio de transversalidad en todas las políticas públicas, teniendo en cuenta el impacto de género.

En cualquier caso, los datos oficiales, ponen de manifiesto que la brecha de género en las pensiones de la Seguridad Social, se ha ido reduciendo en los últimos años, evolucionando desde una brecha de 26,27% en 2013, hasta el 21,85% en 2019. El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones lo tiene claro cuando afirma que el complemento de maternidad contribuye a la reducción de la brecha de género, siendo ésta mucho menor en mujeres más profesionalizadas que son las que se jubilan anticipadamente⁸⁹. De hecho, actualmente este complemento ha pasado a denominarse, “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, de acuerdo al art. 1 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico^{90 91 92}.

⁸⁸ Como así se ha puesto de manifiesto en el estudio estadístico del apartado *Introducción y cuestiones generales* de este trabajo.

⁸⁹ Datos proporcionados por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, tras la petición efectuada con ocasión de este trabajo, en fecha de 18/12/2020.

⁹⁰ Este complemento fue modificado como consecuencia de la STJUE de 12/12/2019 que, entendió como discriminatorio que el complemento se reconozca como un derecho por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento (Exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2021). Fue convalidado por “Resolución de 18 de febrero de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico” («BOE» núm. 47 de 24/02/2021).

⁹¹ Véase MOLINA NAVARRETE, C., “De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 457, 2021, págs. 135-163.

⁹² El complemento es objeto de estudio en el *Capítulo 4* de este trabajo.

1.2.4. La corresponsabilidad en el ámbito familiar como medio para lograr la conciliación de la vida personal, familiar y laboral

La conciliación de la vida personal, familiar y laboral podemos entenderla como el conjunto de medidas normativas a través de las cuales se pretende facilitar que el trabajador pueda armonizar el tiempo dedicado al trabajo con la atención de responsabilidades familiares o personales, por lo que nos referimos a un mecanismo que pretende hacer compatible el trabajo con tales responsabilidades⁹³. El art. 44.1 LOIMH establece que 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. Dos bienes jurídicos distintos tratan de proteger estas medidas de conciliación: 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 asignado⁹⁴. Los datos de las últimas décadas ponen de manifiesto que las labores del cuidado de la familia y del hogar son realizadas en su mayoría por las mujeres, “éstas siguen dedicando más tiempo al trabajo doméstico o familiar no retribuido que los hombres y las mayores diferencias se producen en las parejas con niños pequeños”⁹⁵, lo que, sin duda, ha supuesto un lastre para la plena integración de las mujeres en el mundo laboral⁹⁶. Así, estos derechos de conciliación son ejercidos en su mayoría por las mujeres⁹⁷; y tienen el deber de fomentar 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 trabajadores⁹⁸.

Por su parte, la corresponsabilidad en el ámbito familiar, “constituye un paso más, de carácter cualitativo, en la evolución de la protección dispensada a los sujetos trabajadores que dedican parte de su tiempo al cuidado de personas dependientes”⁹⁹. Tiene el mismo objetivo que la conciliación, es decir, compatibilizar el trabajo con las

⁹³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal”, en obra colectiva, Coord. GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pág. 126.

⁹⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 71.

⁹⁵ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Igualdad, conciliación, corresponsabilidad y flexibilidad: ejes claves para la gestión del mercado de trabajo actual”, en obra colectiva AA.VV., Coord. SÁEZ LARA, C., “Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas”, Ediciones Laborum, Murcia, 2016, pág. 66.

⁹⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social: Revista de los derechos sociales*, Vol. 11, núm. 1, 2021, pág. 40.

⁹⁷ MUÑOZ MOLINA, J., “La mujer en el ordenamiento...”, op. cit., págs. 200-201.

⁹⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 71.

⁹⁹ BALLESTER PASTOR, M.A., “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 25, 2011, pág. 55.

necesidades personales o familiares; haciéndolo desde una perspectiva que pretende impulsar que estas responsabilidades sean asumidas de igual forma por hombres y mujeres, generando una efectiva situación de igualdad, un reequilibrio o reparto equitativo de las responsabilidades, exigencia que no sólo debe ser jurídica sino, ante todo, ética y social¹⁰⁰. A nivel normativo, la propia LOIMH, introdujo este término, por el que se afirmaba que es esencial fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares¹⁰¹. Asimismo, se establece como un criterio general de actuación de los poderes públicos en políticas de igualdad, “el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia” (art. 14.8 LOIMH). Es decir, los poderes públicos deben fomentar esta corresponsabilidad en el ámbito de la familia y de los cuidados. Igualmente, deben ser corresponsables con el establecimiento de este tipo de medidas, de forma que se logre una verdadera implicación de estos poderes públicos, comprometidos con una visión global de las responsabilidades de cuidado en relación al trabajo¹⁰². Así, son interesantes las propuestas que determinan la articulación de una red pública de cuidados que sostenga una parte importante de esas tareas familiares, con salarios y empleos de calidad y con todas las garantías para quienes cuidan y son cuidados¹⁰³. En cualquier caso, las actuaciones de los poderes públicos deberían estar dirigidas al fomento y promoción de la presencia en el mercado de trabajo de aquellas “personas con obligaciones familiares a través de la creación de políticas igualitarias que permitiesen a todos los miembros de familia, si lo desean, desarrollar una carrera profesional compatible con las cargas familiares”¹⁰⁴.

Para terminar sobre esta materia, conviene citar la trascendente Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo¹⁰⁵ que, en su considerando 6, establece que las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr un triple objetivo: 1) la igualdad de género, promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral; 2) el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y

¹⁰⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Tiempo de trabajo y conciliación...”, op. cit., pág. 126.

¹⁰¹ Exposición de Motivos LOIMH.

¹⁰² BALLESTER PASTOR, M.A., “La era de la corresponsabilidad...”, op. cit., pág. 56.

¹⁰³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad...”, op. cit., pág. 74.

¹⁰⁴ REAL MONTERO, S., “La corresponsabilidad en la Unión Europea, un camino por recorrer”, *Lex Social: Revista de los derechos sociales*, Vol. 6, núm. 1, 2016, pág. 182.

¹⁰⁵ Sobre esta directiva, véase CABEZA PEREIRO, J., “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 92, 2020, págs. 41-80.

mujeres (la corresponsabilidad en el hogar); y 3) la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios. Así, introduce algunos derechos que sin duda son clave para avanzar en esta materia. A modo de ejemplo, citamos el derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año por trabajador (permiso para cuidadores, art. 6); el derecho de ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador (art. 7); o el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse del cuidado de hijos hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años (art. 9). En nuestra opinión, este es el camino a seguir si queremos lograr una conciliación real de la vida laboral, familiar y personal. La implantación de estos derechos ayudará a flexibilizar la forma y el tiempo de trabajo.

Esta Directiva debe transponerse al ordenamiento jurídico laboral interno en un plazo que finaliza el día 2 de agosto de 2022, fecha en la que el Estado español, debe haber dictado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, informando de ello a la Comisión Europea.

No vamos a extendernos más en este epígrafe, puesto que se trata de un tema tan complejo y extenso, que presenta múltiples aristas en el ámbito social, jurídico e incluso sociológico. Por tanto, requiere de un profundo estudio y análisis posterior, que no es objeto de este trabajo de investigación. Sin duda, hemos tratado de aportar al lector una visión global de la problemática que presentan las medidas de conciliación y corresponsabilidad, y su influencia en la protección de la mujer en el ámbito laboral en general y durante las situaciones relacionadas con la maternidad, en particular.

1.2.5. Las políticas activas de empleo destinadas a mujeres

El art. 36 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE), define a las políticas activas de empleo, como “el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social”. Así, incluye como colectivo prioritario a las mujeres en el ámbito laboral, que deberán ser objeto de programas específicos destinados a fomentar su empleo (art. 30 LE). Estas políticas, tienen el objetivo de fomentar la inserción laboral de la mujer en el actual mercado laboral y mantener el puesto de trabajo una vez conseguido y son el medio por el que se pueden crear programas específicos de fomento de la inserción laboral

de las mujeres, como personas que cuentan con dificultades para acceder al mercado laboral¹⁰⁶.

Así, el Plan Anual de Política de Empleo para 2020, establece como objetivo estructural, el *Eje 4: Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo* que, comprende las “acciones, actuaciones o actividades dirigidas a promover la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso, permanencia y promoción en el empleo, así como la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”¹⁰⁷. En este Plan se establecen hasta 20 programas de políticas activas de empleo dirigidas a las mujeres en el ámbito laboral, desarrollados por las comunidades autónomas¹⁰⁸. A nivel cuantitativo, es un dato aceptable teniendo en cuenta que para 2019 se alcanzaron 24 programas en este ámbito y 10 en el año 2018. Sin embargo, a pesar de la existencia de este eje 4, de igualdad de oportunidades, se necesitan programas específicos de empleo dirigidos a las mujeres, de fomento del empleo y la contratación, similar al que existe para jóvenes (Garantía Juvenil), con “contratos adaptados a las especiales circunstancias personales y familiares, así como otras medidas incentivadoras de la formación y la empleabilidad”¹⁰⁹.

Como conclusión, tras un análisis somero de la temática, podemos afirmar que las políticas de igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, como parte de las políticas activas de empleo dirigidas al colectivo de las mujeres, son esenciales para la mejora de los indicadores de género, indicadores que ponen de manifiesto que hoy en día sigue habiendo diferencias en las condiciones de trabajo de las mujeres con respecto a las de los hombres. En definitiva, pueden ser una herramienta para la lucha contra la precariedad del mercado laboral femenino y en último término contra las discriminaciones en el trabajo, directas e indirectas por razón de sexo¹¹⁰.

1.2.6. La maternidad en el ámbito laboral

Por último, nos detenemos en la temática que es objeto central de este trabajo de investigación, la tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral. Para ello, se estructura esta tutela en tres ámbitos diferentes: 1) las condiciones de trabajo de la

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., “Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos indisponibles en tiempos de crisis”, en obra colectiva AA.VV., Coord. SÁEZ LARA, C., “Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas”, Ediciones Laborum, Murcia, 2016, págs. 13-14.

¹⁰⁷ Resolución de 26 de octubre de 2020, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 20 de octubre de 2020, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2020, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre («BOE» núm. 289 de 02/11/2020).

¹⁰⁸ Ver Anexo III del Plan Anual de Política de Empleo para 2020.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., “Políticas activas de empleo...”, op. cit., pág. 54.

¹¹⁰ Sobre las políticas activas de empleo dirigidas a las mujeres, véase interesante y completo estudio realizado por RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., “Políticas activas de empleo...”, op. cit., págs. 13-55.

trabajadora embarazada, en parto reciente o lactante, ante los riesgos derivados del trabajo; 2) la protección laboral de la maternidad en el acceso al empleo, durante la prestación laboral y frente a la extinción del contrato de trabajo; y 3) la protección de la maternidad en el ordenamiento de la Seguridad Social.

A pesar de que el principio de igualdad entre trabajadores debe estar presente durante toda la relación laboral, la evidencia pone de manifiesto que las mujeres durante estas situaciones no se encuentran en la misma situación de igualdad que otro trabajador. Por tanto, hay un elemento diferenciador que tiene como eje central la maternidad. Así, la trabajadora que se encuentre embarazada, en situación de parto reciente o durante la lactancia natural, queda otorgada con una seña característica, que, de manera inevitable, la posiciona en un lugar de desigualdad con respecto al resto de trabajadores, incluidas las propias trabajadoras que no se encuentren en las citadas situaciones biológicas. Por ello, es esencial el diseño y la implementación de políticas de tutela para abordar estas situaciones desde los tres enfoques que dispone nuestro ordenamiento jurídico laboral: preventivo, laboral y prestacional. Por lo que, se deben establecer mecanismos que impidan las situaciones de discriminación por razón de sexo, con ocasión, o como consecuencia de determinadas situaciones biológicas. Es decir, la mujer embarazada o lactante no puede ser objeto de discriminación en el trabajo ni verse expuesta a un riesgo para su salud o la de su feto o hijo.

No podemos olvidar que lo que está en juego es la salud de la trabajadora y la de su feto o hijo, la protección de la primera frente al despido y su subsistencia económica durante las situaciones en las que no puede ni debe cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo (art. 5 a) LET). No se puede penalizar a la mujer por el mero hecho de querer ser madre, con independencia del trabajo que desarrolle y de las condiciones laborales a las que esté expuesta. Además, por si fuera poco, hay otros aspectos no directamente relacionados con la trabajadora que igualmente están en juego y afectan al ámbito de la sociedad en general. Nos referimos a aspectos tan importantes como la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, el cuidado de los menores por ambos progenitores (la denominada corresponsabilidad), la mejora de determinados indicadores demográficos básicos (tasa bruta de natalidad, indicador coyuntural de fecundidad, tasa de mortalidad infantil (menores de un año) o esperanza de vida al nacimiento), etc., ya citados en párrafos anteriores¹¹¹.

Como ha podido comprobar el lector, son temas que plantean conflictos que están muy presentes hoy en día en el mercado de trabajo español y que, sin duda, su conocimiento es esencial para establecer que retos serán necesario afrontar en los próximos años. Se trata de la mejora de las condiciones laborales de las mujeres, con

¹¹¹ En el epígrafe 1.4 de este *Capítulo*, analizamos con cierto nivel de detalle, los tres pilares de esta tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral.

respeto a las que tienen los hombres, al objeto de eliminar la precariedad del mercado laboral femenino en general y evitar las discriminaciones por razón de sexo, como consecuencia de la maternidad, en particular.

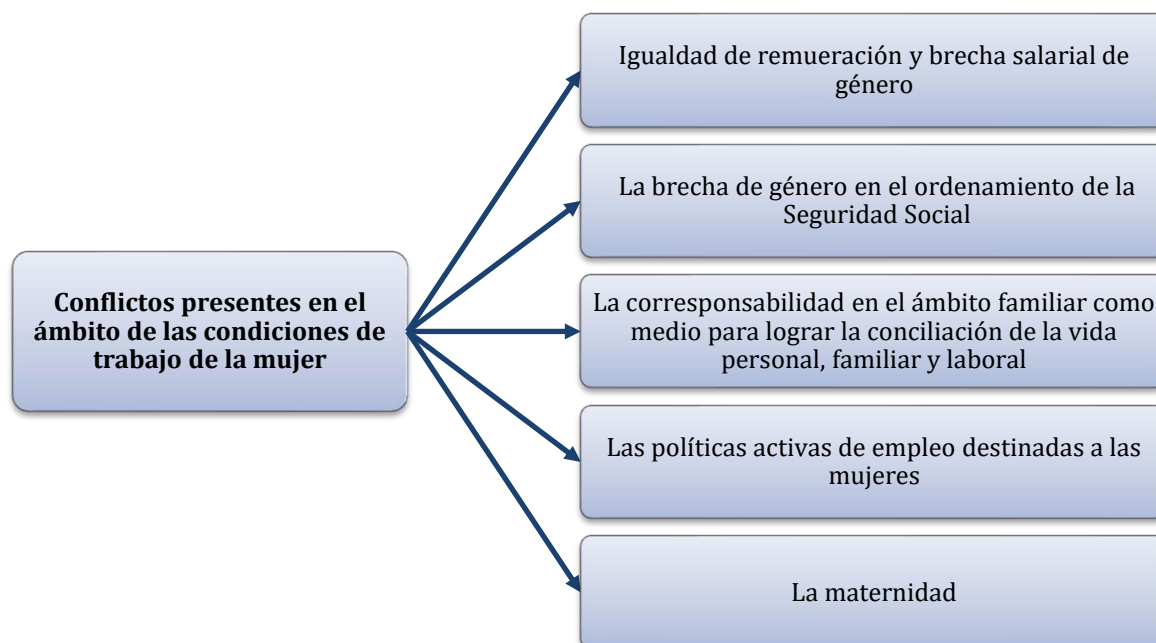


FIGURA 1.1. Principales conflictos que están presentes en el ámbito de las condiciones de trabajo de la mujer.

1.3. DEFINICIONES

Al objeto de facilitar al lector la comprensión del discurso jurídico que se ha plasmado en este estudio, se ha elaborado a modo de consulta, un breve glosario que recoge las principales definiciones y expresiones técnicas o jurídicas que se deben conocer antes de acceder a la lectura de los capítulos de resultados de la tesis. Para elaborarlo, se han tenido en cuenta los términos definidos en el marco normativo que le resulte de aplicación y, en su defecto, aquellos que han sido descritos por la doctrina jurisprudencial, la doctrina jurídica o por entidades de reconocido prestigio en el ámbito del ordenamiento jurídico laboral. Con independencia de estas definiciones, en el resto de capítulos se realiza una explicación en profundidad de cada término, conceptualizándolo en su ámbito concreto. El glosario está compuesto por los siguientes términos, ordenados de forma alfabética:

- **Acción preventiva de la maternidad:** está constituida por el conjunto de medidas o acciones concretas que se adoptan para la prevención de los riesgos derivados del trabajo que puedan afectar a la maternidad. Se desarrolla principalmente a través de la LPRL, en la que se establecen las medidas que se deben adoptar para garantizar la seguridad y la salud de la mujer trabajadora, de su feto o en su caso, del hijo lactante. Estas medidas proactivas de prevención de

riesgos laborales que se aplican sobre los condicionantes de la maternidad, se estructuran en base a: 1) la eliminación de los riesgos laborales a los que se pueda encontrar expuesta la mujer trabajadora, tomando como base la aplicación de los principios de la acción preventiva (art. 15 LPRL); 2) la evaluación de los riesgos laborales a los que se encuentra expuesta, refiriéndonos a la evaluación genérica del puesto de trabajo, aunque teniendo en cuenta la posibilidad de que sea ocupada por una mujer en un estado biológico concreto (art. 16 LPRL); y la evaluación de riesgos adicional que se realiza cuando hay conocimiento de que el puesto sea ocupado efectivamente por una mujer en las situaciones biológicas comentadas; 3) la planificación de la actividad preventiva al objeto de que se garantice la efectiva ejecución de las medidas preventivas propuestas en las evaluaciones de riesgos laborales; 4) el obligatorio listado de puestos de trabajo sin riesgos para la maternidad, regulado en el art. 26 LPRL; y 5) el procedimiento de prevención de riesgos en la empresa, como instrumento para la adaptación de la normativa de prevención y protección de la maternidad a las particularidades empresariales. Esta acción preventiva se regula en los arts. 15, 16 y 26 LPRL y en los arts. 3 a 9 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP).

- **Acción protectora de la maternidad:** conjunto de medidas o acciones concretas que se adoptan en el marco de la protección de la maternidad, cuando los riesgos (que afecten a la situación biológica concreta), no hayan podido evitarse o eliminarse. Para ello, se deberán adoptar las medidas que se contemplan en el art. 26 LPRL: 1º) adaptación del puesto o tiempo de trabajo; 2º) cambio de puesto de trabajo a otro que sea compatible con el estado biológico de la trabajadora; y 3º) suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural. Es esencial adoptar las medidas en el orden que establece la norma y no aplicar la siguiente hasta que no se evidencie la imposibilidad de materializar la anterior.
- **Acción promotora de la salud en la maternidad:** conjunto de medidas o acciones concretas que se adoptan con el fin de lograr entornos saludables para la maternidad en el lugar de trabajo. Están basadas en la educación para la salud y en la creación de entornos que eviten los riesgos, faciliten elecciones saludables y ayuden a la mujer a hacer frente a las posibles molestias que surgen durante las diferentes etapas de su maternidad. Se deben combinar acciones obligatorias (art. 26 LPRL) y voluntarias, a través de la promoción de la salud en el trabajo (PST). Los objetivos –entre otros– que la PST quiere alcanzar para la maternidad y la lactancia son: 1) identificar las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o en periodo de lactancia; 2) hacer un seguimiento de las trabajadoras en las diferentes fases de su maternidad para asegurarnos el mantenimiento de una buena salud; 3) analizar los efectos adversos relacionados

con el embarazo, el post-parto y la lactancia materna; y 4) preparar la vuelta al trabajo después del permiso por maternidad¹¹².

- **Adaptación del puesto o tiempo de trabajo durante el embarazo o la lactancia natural:** tras la ejecución de la acción preventiva se activa la acción protectora de la maternidad, que contempla como primera medida la adaptación del puesto o tiempo de trabajo. Nos encontramos ante un supuesto en el que se han evaluado los riesgos para la maternidad –genérica y adicional– y las medidas preventivas pasan por la adopción de acciones concretas sobre la protección de la maternidad en el entorno laboral. Las formas de llevar a cabo esta adaptación son las siguientes: 1) adaptación física del puesto de trabajo; 2) adaptación del tiempo de trabajo; y 3) adaptación del puesto en base a los efectos del embarazo. Se regula en los arts. 15 y 26 LPRL.
- **Cambio a otro puesto de trabajo o función compatible con el estado biológico de la trabajadora:** se trata de la segunda medida protectora que plantea el art. 26 LPRL, que se refiere al cambio a otro puesto de trabajo compatible con el estado biológico (embarazo o lactancia). Éste únicamente podrá operar cuando no resultase posible adaptar sus condiciones o su tiempo de trabajo o bien, a pesar de esta adaptación, las condiciones de trabajo continuaran influyendo negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto. Es decir, la puesta en práctica de esta segunda medida dependerá de los resultados obtenidos en la primera de ellas, la adaptación del puesto de trabajo. De tal forma que se trataría de un nivel al que sólo se puede acceder cuando el primero no es factible o bien tras llevarlo a cabo, se determina su incompatibilidad con el estado biológico de la trabajadora.
- **Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género¹¹³:** complemento económico que se puede otorgar a las pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, de forma que el sistema de Seguridad Social reconozca y compense de manera económica la interrupción o afectación de la carrera profesional del trabajador, con ocasión del nacimiento o adopción. Forma parte de la denominada protección social complementaria a la familia dentro del ámbito del sistema público de Seguridad Social. Para su cálculo se debe tener en cuenta el número de hijos del trabajador. El importe del complemento por hijo se fijará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. La cuantía a percibir estará limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo y será incrementada al comienzo de cada año en

¹¹² INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, “Promoción de la salud en el trabajo”. Enlace: <https://www.insst.es/promocion-de-la-salud>.

¹¹³ Hasta la reforma de 2021, este complemento se denominaba “Complemento por maternidad”, en contraprestación por la aportación demográfica a la Seguridad Social. Iba dirigido únicamente a las mujeres que hubieran tenido dos más hijos biológicos o adoptados y fueran beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

el mismo porcentaje previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para las pensiones contributivas. Se regula en el art. 60 LGSS y tuvo su origen en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016¹¹⁴ ¹¹⁵. Asimismo, ha sido modificado por el art. 1 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

- **Comunicación de la situación de embarazo o lactancia:** acto por el cual la mujer en situación de embarazo o lactancia natural, comunica a la empresa su estado biológico concreto a los efectos que se adopten las medidas de prevención y protección adecuadas. La Directiva 92/85/CEE establece como requisito esencial que la trabajadora embarazada comunique su estado biológico a la empresa con el objetivo no sólo de proteger la salud de la mujer embarazada y la de su feto, sino igualmente la protección de su empleo. En cambio, la normativa interna (art. 26 LPRL) no incluyó el requisito de la comunicación como una condición necesaria para el despliegue de toda la acción preventiva del empresario, por lo que se considera que esta obligatoriedad debe estar justificada únicamente por razones preventivas, pero no por cualquier otro motivo empresarial.
- **Edad fértil de las mujeres:** según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la etapa reproductiva de la mujer o edad fértil, se sitúa entre los 15 y los 49 años de edad¹¹⁶.
- **Embarazo:** médicamente se define como el proceso en el que crece y se desarrolla el feto en el interior del útero de la mujer; se inicia cuando termina la implantación o momento en que se adhiere el blastocito a la pared del útero, hecho que sucede cinco o seis días después de la fertilización¹¹⁷. Jurídicamente, podemos definir el embarazo como el periodo de tiempo comprendido entre la fecundación del óvulo por el espermatozoide y el momento del parto o nacimiento¹¹⁸.

¹¹⁴ Disposición final segunda: modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

¹¹⁵ Aunque inicialmente, se intentaba reconocer la “aportación demográfica” de la mujer.

¹¹⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Reproductive Health Indicators Reproductive Health and Research Guidelines for their generation, interpretation and analysis for global monitoring”. Ginebra, Suiza, 2006, pág. 41.

¹¹⁷ UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, “Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico”. Enlace: <https://bit.ly/38QYYkK>.

¹¹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario Panhispánico del Español Jurídico”. Enlace: <https://bit.ly/2LWBodi>.

- **Eliminación de riesgos que afectan a la maternidad:** desde el punto de vista de la PRL, la evitación y/o la eliminación del riesgo son las primeras medidas que deben adoptarse, antes incluso de evaluar un determinado puesto de trabajo o sección en la empresa. Se debe priorizar la adopción de medidas materiales que tiendan a eliminar o evitar los riesgos –que van dirigidas a impedir un determinado daño a la trabajadora embarazada o lactante– frente a las medidas de protección –tanto colectiva como individual– cuyo objetivo es minimizar sus consecuencias. En cualquier caso, debe quedar claro que la sola existencia del riesgo activa el mecanismo preventivo, por lo que no es necesario que se produzca el daño para que se active la acción preventiva. Sobre la protección específica de la maternidad, la jurisprudencia entiende que, aunque el riesgo “no se hubiese materializado en un «daño» efectivo para la gestante, no puede por menos que protegerse su acreditada situación de riesgo en términos que «prevengan» la eventualidad de que aquel se produzca”¹¹⁹. Esta eliminación de riesgos, forma parte de los principios de la acción preventiva regulados en el art. 15 LPRL.
- **Evaluación de riesgos laborales:** es el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse (art. 3.1 RSP). La evaluación deberá contemplar la posibilidad de que el puesto de trabajo objeto del informe, pueda estar ocupado por una mujer embarazada o lactante (art. 4.1 b RSP). Por ello, en estas evaluaciones genéricas del puesto se deben determinar los riesgos y las tareas concretas que no pueden ser realizadas por mujeres embarazadas o durante la lactancia materna. De estas evaluaciones, se podrá obtener el listado de puestos de trabajo sin riesgos para la maternidad. La evaluación de riesgos es objeto de regulación en el art. 16 LPRL y en los arts. 3 a 7 RSP.
- **Evaluación de riesgos laborales para la maternidad:** es la evaluación que deberá realizar la empresa cuando ésta tenga conocimiento de que una mujer embarazada, en parto reciente o durante la lactancia natural ocupa un puesto de trabajo con riesgo. Esta evaluación se justifica en base a la especificidad de la misma, en tanto que la evaluación inicial puede ser insuficiente para la adopción de medidas preventivas eficaces, puesto que en ese momento se desconocen las particularidades personales de la mujer trabajadora. Puede darse el supuesto en el que la evaluación inicial detectara riesgos que no fueran lesivos para la maternidad y, sin embargo, en la evaluación adicional se descubrieran riesgos para una determinada trabajadora en base a sus antecedentes fisiológicos,

¹¹⁹ STSJ de Cataluña de 18/11/2004.

psicológicos o físicos¹²⁰. Para determinar el alcance y las características de esta evaluación, habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 15 y 16 LPRL y 3 a 7 RSP. Asimismo, es esencial para su elaboración y aplicación tener en cuenta el documento específico que elaboró el INSST en 2011¹²¹.

- **Lactancia:** médicamente se puede definir como el proceso de alimentación infantil mediante la leche materna¹²². Otro término médico, informa que se trata del proceso de secreción de leche por las glándulas mamarias que ocurre fisiológicamente en el periodo posparto para alimentación del neonato¹²³. Ambos términos se refieren al proceso de lactancia natural, obviando el proceso por el que se puede producir esta lactancia de forma artificial o mixta. En el ámbito jurídico laboral, es importante establecer este tipo de alimentación, puesto que será determinante para la puesta en marcha de medidas preventivas y de protección de la mujer trabajadora.
- **Listado de puestos de trabajo sin riesgo para la maternidad:** se trata de una relación de puestos de trabajo que la empresa tiene la obligación de elaborar, en la que se deben contemplar todos aquellos puestos que no presentan riesgos para la maternidad. La fase de evaluación de riesgos inicial es fundamental para elaborarla, puesto que se deben analizar todos y cada uno de los puestos de trabajo desde la perspectiva de los riesgos en los supuestos de embarazo, parto reciente y lactancia natural. El resultado será una relación de puestos de trabajo idóneos a efectos de la movilidad funcional de la trabajadora, que deberá actualizarse cada vez que se modifique la evaluación de riesgos. Es fundamental que esta relación esté disponible durante la fase del cambio de puesto de trabajo, al objeto de poder conocer sin ningún género de duda, cuáles son compatibles con un estado biológico concreto. La referencia normativa a esta lista o relación, la podemos hallar en el art. 26.2 LPRL.
- **Maternidad:** médicamente podemos definirla como el estado de la mujer que consigue tener hijos, aunque se refiere también al tiempo del embarazo y al de después del parto¹²⁴. En el ámbito jurídico, podemos definir a la maternidad como el hecho jurídico relacionado con la reproducción del ser humano del cual surgen derechos y obligaciones. Asimismo, se trata de una situación protegida por el Sistema de la Seguridad Social, manifestada a través de prestaciones

¹²⁰ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 103.

¹²¹ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2011.

¹²² UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, “Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico”. Enlace: <https://bit.ly/3ij1bZa>.

¹²³ CLÍNICA UNIVERSIDAD DE NAVARRA, “Diccionario médico”. Enlace: <https://bit.ly/3t5iBNs>.

¹²⁴ CLÍNICA UNIVERSIDAD DE NAVARRA, “Diccionario médico”. Enlace: <https://bit.ly/3bTUw6J>.

económicas durante la correspondiente suspensión del contrato de trabajo¹²⁵. Así, inicialmente el concepto jurídico de maternidad no se recoge hasta finales del siglo XIX y principios del siglo XX, inspirado en la Ley de 13 de marzo de 1900, acerca del trabajo de mujeres y niños¹²⁶ y el Reglamento que la desarrollaba, aprobado por Real Decreto de 13 de noviembre de 1900^{127 128}.

- **Permiso para el cuidado del lactante:** se trata de un derecho de ausencia del puesto de trabajo que se reconoce a los trabajadores para el cuidado del hijo lactante menor de nueve meses. Es un permiso de una hora de duración pudiendo dividirse en dos fracciones de media hora cada una. Asimismo, este derecho podrá sustituirse por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad, o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella. En cuanto al ejercicio de este derecho, precisar que se trata de un derecho individual, intransferible al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Por último, indicar que la norma permite extender el disfrute de este derecho hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses, siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen. Este permiso se regula en el art. 37.4 LET.
- **Permiso por nacimiento prematuro de hijo o hija o que deba permanecer hospitalizado a continuación del parto:** derecho que puede ser ejercido por cualquier trabajador cuando, tras el parto, su hijo deba permanecer hospitalizado por su carácter prematuro o por cualquier otra patología que haga necesario su ingreso hospitalario. Se regula en el art. 37.5 LET, apartado que fue añadido por 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, tras las peticiones que efectuaron en su momento, diferentes asociaciones de padres.
- **Prestación económica para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante:** subsidio económico que podrá ser reconocido y percibido por aquellos trabajadores que sean beneficiarios del permiso para el cuidado del lactante que tenga una edad comprendida entre los nueve y los doce meses. Por tanto, se considera situación protegida, la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del art. 37.4 LET, lleven

¹²⁵ UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, “Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico”. Enlace: <https://bit.ly/38Su5ML>.

¹²⁶ *Gaceta de Madrid* núm. 73, de 14 de marzo de 1900.

¹²⁷ *Gaceta de Madrid* núm. 203, de 15 de noviembre de 1900.

¹²⁸ DÍAZ MOYA, R., “Del paternalismo a la protección de la maternidad: un proceso de inconvenientes”, *Revista Estudios Institucionales*, Vol. 7, núm. 12, 2020, pág. 76.

a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad. Esta prestación se regula en los arts. 183-185 LGSS.

- **Prestación económica por nacimiento y cuidado de menor:** subsidio económico que se puede reconocer a los trabajadores que cumplan los requisitos que se establecen en los arts. 177-182 LGSS y en los arts. 2-21 del Real Decreto 295/2009, durante las situaciones de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar. En cualquier caso, los trabajadores beneficiarios deberán tener su contrato de trabajo en suspenso por las mismas situaciones, de acuerdo al art. 48 LET, apartados 4, 5 y 6.
- **Prestación económica por riesgo durante el embarazo:** subsidio que podrá ser reconocido a las trabajadoras embarazadas que se encuentren en el periodo de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo. Se trata de aquellos supuestos en los que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado biológico concreto en los términos previstos en el art. 26.3 LPRL, dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. Se regula en los arts. 186-187 LGSS y 31-48 del Real Decreto 295/2009.
- **Prestación económica por riesgo durante la lactancia natural:** subsidio que podrá ser reconocido a las trabajadoras lactantes de menores de nueve meses que se encuentren en el periodo de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural. Se trata de aquellos supuestos en los que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado biológico concreto en los términos previstos en el art. 26.4 LPRL, dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. Se regula en los arts. 188-189 LGSS y 49-51 del Real Decreto 295/2009.
- **Protocolos de vigilancia sanitaria específica:** son documentos elaborados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y concebidos como una herramienta reglamentaria y unificadora de criterios, en el proceso de identificación y evaluación de factores de riesgo de las tareas laborales y puestos de trabajo, como también de su control y seguimiento¹²⁹. Se elaboran para dotar de homogeneidad y coherencia a los objetivos y contenidos de la propia vigilancia de la salud, al objeto de implantar un modelo que sea eficaz para la Prevención de Riesgos Laborales. Representan guías de actuación dirigidas a los profesionales sanitarios encargados de la vigilancia de la salud de los trabajadores y son, por

¹²⁹ MINISTERIO DE SANIDAD, "Protocolos de vigilancia sanitaria específica de los trabajadores". Enlace: <https://bit.ly/2Y8b6rr>.

fuerza, generales¹³⁰. Asimismo, pueden ser un “instrumento de garantía de la legitimidad de los reconocimientos médicos”¹³¹. Los mencionados protocolos no establecen demasiadas medidas en materia de trabajadores especialmente sensibles de manera genérica, sino que se refieren sobre todo a la protección en un ámbito específico¹³². Para la efectiva realización de la vigilancia sanitaria de las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o lactancia natural, deben aplicarse los mismos protocolos de vigilancia sanitaria específica que para el resto de la población trabajadora. Es decir, no hay protocolos específicos que se apliquen en los reconocimientos médicos de las trabajadoras que se encuentren en estas situaciones biológicas que hemos mencionado.

- **Reconocimiento médico específico:** se trata de la prueba de carácter médico más significativa, que materializa el deber empresarial de garantizar la vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo. Se concibe como un derecho de los trabajadores y son, como regla general y siguiendo el sentido de la Directiva 92/85/CEE, de carácter voluntario, debiendo respetarse en todo momento el derecho a la intimidad (corporal y personal), a la dignidad y a la confidencialidad de toda la información relacionada con el estado de salud del trabajador. Se regula en los arts. 14.2 y 22 LPRL.
- **Reconocimiento médico específico para la maternidad:** es el examen médico al que se someterán las trabajadoras que se encuentren en situaciones relacionadas con la maternidad. Así, el personal sanitario del servicio de prevención, estudiará y valorará especialmente los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o lactancia natural y propondrá las medidas preventivas adecuadas. En esencia, la vigilancia de la salud que se aplica a estas trabajadoras persigue los siguientes objetivos específicos: 1) Identificación de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o en periodo de lactancia.; 2) Propuesta y colaboración en la realización de las evaluaciones de riesgos adicionales y periódicas; 3) Seguimiento de dichas trabajadoras en las diferentes fases de su maternidad para comprobar la compatibilidad del puesto de trabajo con su estado y el mantenimiento de una buena salud; 4) Propuesta de las medidas preventivas o de protección especial ajustadas al caso individual; 5) Preparación de la vuelta al trabajo después del permiso por maternidad; 6) Análisis de los efectos adversos relacionados con el embarazo, el postparto y la lactancia materna que se producen en las trabajadoras de la empresa y de su posible relación con los

¹³⁰ AA.VV., “Libro Blanco de la Vigilancia de la Salud para la Prevención de Riesgos Laborales”, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2004, pág. 23.

¹³¹ NAVARRO NIETO, F., “Los reconocimientos médicos como instrumentos de vigilancia de la salud laboral: condicionantes legales y jurisprudenciales”, *Aranzadi Social*, Págs. 151-166.

¹³² TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los reconocimientos médicos de los trabajadores especialmente sensibles (II)”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 89, 2012, pág. 31.

factores de riesgo de origen laboral; y 7) Valoración de la compatibilidad del puesto de trabajo con el estado biológico de la trabajadora¹³³. Se regula en los arts. 22 LPRL y 37.3 RSP.

- **Riesgo durante el embarazo:** situación en la que se encuentra la trabajadora embarazada cuando los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del feto, durante el desarrollo de cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Para ello, la empresa deberá evaluar el puesto de trabajo de acuerdo al art. 16 LPRL, determinando la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de estas trabajadoras. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo, la empresa deberá adoptar las medidas necesarias de acuerdo al art. 26 LPRL.
- **Riesgo durante la lactancia natural:** situación en la que se encuentra la trabajadora lactante cuando los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del feto durante el desarrollo de cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Para ello, la empresa deberá evaluar el puesto de trabajo de acuerdo al art. 16 LPRL, determinando la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de estas trabajadoras. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre la lactancia natural, la empresa deberá adoptar las medidas necesarias de acuerdo al art. 26 LPRL.
- **Riesgo laboral:** la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo (art. 4 LPRL).
- **Suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento:** interrupción temporal de la prestación laboral sin que desaparezca el vínculo contractual entre la empresa y la trabajadora (con reserva del puesto de trabajo), por causas relacionadas con la maternidad o paternidad biológicas o adoptivas. Se trata de una medida de protección laboral dirigida a los trabajadores (hombres o mujeres), que tiene como trasfondo la compatibilización de la vida personal, familiar y laboral. Así, los fines que persigue la norma, son la atención de la madre durante la delicada situación fisiológica en el embarazo y posterior lactancia natural –en caso de maternidad biológica–, y facilitar la relación de los progenitores con su recién nacido en los momentos iniciales de la vida de éste, o en los primeros días de la adopción. Se regula en el art. 45.1 apartados d) y e) LET y art. 48 apartados 4) a

¹³³ Objetivos que contempla SOLÉ GÓMEZ, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 915: Embarazo, lactancia y trabajo: vigilancia de la salud”, INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), 2011, pág. 1.

7) y 9) LET, en los que se establecen las causas, efectos, requisitos y características particulares de esta modalidad suspensiva.

- **Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo:** interrupción temporal de la prestación laboral sin que desaparezca el vínculo contractual entre la empresa y la trabajadora (con reserva del puesto de trabajo), cuando se han producido todas las circunstancias que se establecen en el art. 26 LPRL, apartados 1, 2 y 3. Se trata de una medida de carácter subsidiaria que se activa cuando, como consecuencia del trabajo que realiza la trabajadora embarazada, ésta se encuentra expuesta a riesgos específicos a través de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del feto. Además, debe quedar demostrado que los riesgos no han podido evitarse, que se han evaluado correctamente, que no es factible la adaptación del tiempo o del puesto de trabajo y que no existe puesto de trabajo compatible con su estado biológico concreto (embarazo). En definitiva, su accionamiento queda condicionado a la puesta en marcha de la acción protectora de la maternidad regulada principalmente en el art. 26 LPRL. El art. 45.1.e) LET regula esta suspensión contractual. Asimismo, el art. 48.8 LET regula los requisitos y características que deben reunir los progenitores y el menor, en su caso, para poder acceder a este tipo de suspensión del contrato de trabajo.
- **Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses:** interrupción temporal de la prestación laboral sin que desaparezca el vínculo contractual entre la empresa y la trabajadora (con reserva del puesto de trabajo), cuando se han producido todas las circunstancias que se establecen en el art. 26.4 LPRL. Se trata de una medida de carácter subsidiaria que se activa cuando, como consecuencia del trabajo que realiza la trabajadora embarazada, ésta se encuentra expuesta a riesgos específicos a través de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o de su hijo, mediante el proceso de la lactancia natural. Además, debe quedar demostrado que los riesgos no han podido evitarse, que se han evaluado correctamente, que no es factible la adaptación del tiempo o del puesto de trabajo y que no existe puesto de trabajo compatible con su estado biológico concreto (lactancia natural). En definitiva, su accionamiento queda condicionado a la puesta en marcha de la acción protectora de la maternidad regulada principalmente en el art. 26 LPRL. El art. 45.1.e) LET regula esta suspensión contractual. Asimismo, el art. 48.8 LET regula los requisitos y características que deben reunir los progenitores y el menor, en su caso, para poder acceder a este tipo de suspensión del contrato de trabajo.
- **Trabajadora embarazada:** cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales (art. 2 a) de la Directiva 92/85/CEE). Nuestra normativa interna no define a la

trabajadora embarazada, dejando sin transponer la obligación de comunicar la situación biológica a la empresa. Ello constituye una mejora del régimen establecido en la normativa comunitaria¹³⁴. Así, a nivel interno, cuando la empresa tiene constancia del embarazo de una trabajadora –aún cuando no lo haya comunicado–, automáticamente ésta queda amparada por la normativa de maternidad¹³⁵.

- **Trabajadora en período de lactancia:** cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales (art. 2 c) de la Directiva 92/85/CEE). Nuestra normativa interna no define a la trabajadora en período de lactancia, dejando sin transponer la obligación de comunicar la situación biológica a la empresa.
- **Trabajadora que ha dado a luz:** cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales (art. 2 b) de la Directiva 92/85/CEE). Nuestra normativa interna no define a la trabajadora que ha dado a luz, dejando sin transponer la obligación de comunicar la situación biológica a la empresa.
- **Trabajador especialmente sensible (TES):** trabajador que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluido aquel que tenga reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sea especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, el empresario deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. Las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o que se encuentren en el periodo de lactancia natural, son consideradas como especialmente sensibles por su estado biológico conocido. Se regula en los arts. 25 a 27 LPRL.

¹³⁴ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 84.

¹³⁵ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación COM (1999) 100 final, de 15/03/1999. Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, 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 período de lactancia”, pág. 7. Argumento que se hace extensible a los conceptos de “trabajadora en período de lactancia” y “trabajadora que ha dado a luz”.

TABLA 1.1. Clasificación de las definiciones de la tutela de la mujer trabajadora durante las situaciones relacionadas con la maternidad.

DEFINICIONES CLASIFICADAS EN FUNCIÓN DEL TIPO DE TUTELA DE LA MATERNIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL
1. CONCEPTOS GENERALES (7)
Edad fértil de las mujeres
Embarazo
Lactancia
Maternidad
Trabajadora embarazada
Trabajadora en período de lactancia
Trabajadora que ha dado a luz
2. TUTELA PREVENTIVA (17)
Acción preventiva de la maternidad
Acción protectora de la maternidad
Acción promotora de la salud en la maternidad
Adaptación del puesto o tiempo de trabajo durante el embarazo o la lactancia natural
Cambio a otro puesto de trabajo o función compatible con el estado biológico de la trabajadora
Comunicación de la situación de embarazo o lactancia
Eliminación de riesgos que afectan a la maternidad
Evaluación de riesgos laborales
Evaluación de riesgos laborales para la maternidad
Listado de puestos de trabajo sin riesgo para la maternidad
Protocolos de vigilancia sanitaria específica
Reconocimiento médico específico
Reconocimiento médico específico para la maternidad
Riesgo durante el embarazo
Riesgo durante la lactancia natural

DEFINICIONES CLASIFICADAS EN FUNCIÓN DEL TIPO DE TUTELA DE LA MATERNIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL
Riesgo laboral
Trabajador especialmente sensible (TES)
3. TUTELA LABORAL (5)
Permiso para el cuidado del lactante
Permiso por nacimiento prematuro de hijo o hija o que deba permanecer hospitalizado a continuación del parto
Suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento
Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo
Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses
4. TUTELA PRESTACIONAL (5)
Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género
Prestación económica para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante
Prestación económica por nacimiento y cuidado de menor
Prestación económica por riesgo durante el embarazo
Prestación económica por riesgo durante la lactancia natural

1.4. LA TRIPLE TUTELA DE LA MUJER TRABAJADORA DURANTE LAS SITUACIONES RELACIONADAS CON LA MATERNIDAD: PREVENTIVA, LABORAL Y PRESTACIONAL

En este epígrafe se realiza una primera aproximación a los contenidos que se abordan en nuestro estudio, tomando como base el esquema que inicialmente se ha planteado y descrito en el apartado *Introducción y cuestiones generales*. Así, explicamos la triple tutela que el ordenamiento jurídico laboral dispensa a la mujer trabajadora con ocasión de determinadas situaciones relacionadas con la maternidad.

Consideremos que, en materia de igualdad de oportunidades no deben existir reglas “sexistas”, sin embargo, la mujer en determinados momentos de su vida debe ser objeto de una tutela diferenciada con respecto al colectivo general de trabajadores. Nos referimos a los supuestos de embarazo, parto reciente o lactancia, que trasladan a la mujer como sujeto principal de protección. Por ello, se ha configurado un marco normativo dirigido a este colectivo de trabajadoras, basado no en su sexo, sino en su

condición de madre¹³⁶. Este marco normativo está diseñado como un sistema proteccionista de la mujer trabajadora durante la maternidad, basado en tres grandes pilares: 1) protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo; 2) la tutela reforzada en el empleo como garantía adicional; y 3) el sistema prestacional, que dispone el reconocimiento de prestaciones médicas y económicas para las trabajadoras que se encuentren en determinadas situaciones relacionadas con la maternidad.

Como podremos comprobar durante el desarrollo de este estudio, la denominada triple tutela a la que nos referimos, centra y dirige todas las medidas al establecimiento de un sistema de garantías reforzadas, que tiene como beneficiaria directa a la mujer trabajadora durante determinadas situaciones relacionadas con la maternidad. Por tanto, al objeto de nuestro estudio, el bien jurídico a proteger es evidente: la protección de la madre desde todas las vertientes y, por ende, de su feto/hijo. Pasemos a analizar esta tutela.

1.4.1. Trabajadoras especialmente sensibles ante los riesgos derivados del trabajo

El primer nivel de la tutela de la maternidad lo enmarcamos en el ámbito de las condiciones de trabajo y la protección frente a los riesgos derivados del trabajo. El marco normativo básico está constituido por la LPRL y sus reglamentos de desarrollo, así como otras normas que les resulten de aplicación.

La maternidad y su protección frente a los riesgos derivados del trabajo, se configura a través del concepto de “trabajador especialmente sensible” (TES), término que vamos a delimitar en base a la normativa, a la doctrina científica y a la jurisprudencia que sobre el mismo podemos hallar. Para ello, inicialmente acudimos al art. 25 LPRL, en el que se definen a los TES como aquellos trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Desde un punto de vista técnico, consideramos TES a cualquier trabajador que, con independencia de su pertenencia a un colectivo determinado (por sexo, estado de salud, edad, tipo de contrato, etc.) presenta unas características personales de tipo físico, mental o sensorial, que le hacen especialmente vulnerable a los factores de riesgo laboral o cuyos riesgos propios pueden verse agravados por el desempeño de su trabajo¹³⁷.

En PRL, la sensibilidad “es una condición personal que se exterioriza en una mayor o menor receptividad a los riesgos del trabajo”. Todos los trabajadores

¹³⁶ MORGADO PANADERO, P., “La triple tutela del embarazo y de la lactancia en la normativa laboral y de seguridad social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 144, 2009, págs. 953-954.

¹³⁷ SOLÉ GÓMEZ, M.D., et al, “Nota Técnica de Prevención (NTP) 959: La vigilancia de la salud en la normativa de prevención de riesgos laborales”, *INSST*, 2012, pág. 5.

muestran una sensibilidad concreta ante determinados riesgos laborales, es decir, a la posibilidad de sufrir un determinado daño a la salud, como consecuencia del trabajo que realizan¹³⁸. Así, los TES presentan unas características personales de tipo físico, mental o sensorial que los hacen especialmente vulnerables a los factores de riesgo laboral o cuyos riesgos propios pueden verse agravados por el desempeño de su trabajo.

Esta protección especial no va dirigida específicamente a trabajadores diferenciados, sino a cualquiera que, por su especial sensibilidad, características biológicas, físicas, etc. pueda estar expuesto a mayores riesgos. Sin embargo, la LPRL dedica artículos específicos a ciertos colectivos, que se entienden como particularmente necesitados o acreedores de tutela¹³⁹. Así, con relación a esta especial sensibilidad frente a los riesgos laborales, la LPRL engloba a los siguientes grupos de trabajadores: 1) trabajador estándar, referido a la persona que en principio no se le ha detectado ninguna sensibilidad especial para su trabajo y que, por tanto, se le deberá aplicar los principios generales de la acción preventiva (art. 15 LPRL); 2) trabajadores citados expresamente en la normativa, nos referimos a los discapacitados, menores de edad y maternidad (arts. 25, 26 y 27 LPRL); y 3) trabajadores a los que se le haya detectado una especial sensibilidad frente a los riesgos a los que se encuentren expuestos y que no se encuentren incluidos en ninguno de los colectivo mencionados en el segundo grupo.

Sobre la puesta en marcha de la acción preventiva, para el supuesto de trabajadores englobados en el grupo 1 anteriormente citado, se les debe aplicar el *estándar de prevención*, es decir, el conjunto de medidas preventivas y de protección dirigidas al conjunto general de trabajadores. Medidas que abarcan el amplio espectro de obligaciones del empresario: evaluación de riesgos laborales, planificación de la actividad preventiva, formación e información en prevención, vigilancia de la salud, etc. Sin embargo, la puesta en marcha de esta acción preventiva por la que, entre otras actuaciones, al trabajador se le debe adaptar su puesto de trabajo, puede resultar en ocasiones insuficiente, siendo necesario adoptar medidas adicionales. Así, los trabajadores englobados en los grupos 2 y 3, muestran una especial sensibilidad ante determinados riesgos laborales, por lo que no bastará con aplicarle el *estándar de prevención y protección*, sino que el empresario está obligado a otorgarle un tratamiento especial en base al art. 25 LPRL¹⁴⁰. Es decir, a los TES se les debe aplicar la denominada “tutela reforzada”, que contiene el *estándar de prevención*, al que se le añaden las medidas especiales que debe adoptar para proteger a estos grupos de trabajadores.

¹³⁸ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 32.

¹³⁹ STSJ de Cataluña de 23/01/2008.

¹⁴⁰ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., págs. 34-35.

Las obligaciones generales del empresario con relación a estos dos últimos grupos de trabajadores son las siguientes:

- No podrán emplear a trabajadores en puestos en los que, debido a sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa, ponerse en situación de peligro¹⁴¹ o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo (art. 25.1 LPRL). En cuanto a esta obligación, hay un sector de la doctrina que defiende que esta medida es incompatible con el principio general de la adaptación del puesto de trabajo a la persona y que, por tanto, no se actuaría sobre el puesto, sino sobre la persona¹⁴². En este sentido, entendemos que la expresión “no serán empleados” se debe interpretar tanto como una “limitación a las posibilidades de contratar a estos sujetos, como la necesidad de cambiar al trabajador de ocupación”¹⁴³.
- Adaptar el trabajo a la persona, como uno de los principios de la acción preventiva (art. 15.1 d) LPRL). En particular, en lo referido a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud. Es decir, como principio general de actuación, la empresa estará obligada a adaptar el puesto de trabajo a la persona, siempre teniendo en cuenta sus características propias y estado biológico concreto.
- Realizar la evaluación de riesgos laborales de los puestos de trabajo, teniendo en cuenta las características de los trabajadores que deban desempeñarlos (art. 16. 2 a) LPRL). Asimismo, deberá tener en cuenta, la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de las condiciones de trabajo (art. 4.1 b) RSP y art. 9 de la Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (89/391/CEE) (Directiva Marco)). En el supuesto de la maternidad, esta evaluación riesgos deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la

¹⁴¹ STSJ de Cataluña de 30/10/2006.

¹⁴² COS EGEA, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Aranzadi Social*, Vol. 3, núm. 12, 2010, pág. 98.

¹⁴³ IGARTUA MIRÓ, M.T., “Compendio de Prevención de Riesgos”, Laborum, Murcia, 2004, pág. 181.

salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico (art. 26.1 LPRL).

- Proteger a los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles contra los peligros que les afecten de manera específica, sin hacer referencia a ningún colectivo específico (art. 15 de la Directiva Marco).
- Tener en cuenta, a los efectos de la evaluación de riesgos para la maternidad, la lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición, de acuerdo al Anexo VII RSP¹⁴⁴.
- No permitir que las trabajadoras embarazadas o lactantes, realicen actividades que supongan riesgo de exposición a determinados agentes o condiciones de trabajo, determinados en el Anexo VIII RSP¹⁴⁵.
- Adoptar las medidas de protección necesarias de las trabajadoras durante la maternidad, si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, de acuerdo al art. 26 LPRL.

Llegados a este punto, aplicando el marco conceptual y genérico de los TES a la mujer trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural, podemos afirmar que le corresponde un tratamiento diferenciado respecto del resto de colectivos laborales. Así, se incluye dentro del denominado grupo de TES que precisa de una protección específica y reforzada respecto del colectivo general de trabajadores, en base a una situación biológica concreta. Es decir, en nuestro caso, la mujer no sólo se encuentra acogida bajo el principio general de protección de todo trabajador, sino que se le debe proporcionar un tratamiento especial en base a su específica situación biológica (art. 25 LPRL).

El conjunto de medidas preventivas y de protección dirigidas a la mujer trabajadora embarazada, en parto reciente o durante la lactancia natural, emanan del art. 26 LPRL, precepto esencial para nuestra investigación. A modo de resumen, las medidas que plantea el citado art., presentan las siguientes características: 1) son medidas de carácter temporal, aplicables hasta que desaparezca el riesgo para la maternidad o termine el estado biológico por el que se adoptaron las medidas concretas (finalización de embarazo o período de lactancia natural); 2) son medidas obligatorias para el empresario que se corresponden con un correlativo derecho de la trabajadora, para la protección de las mujeres y del hijo o feto en su caso; y 3) son

¹⁴⁴ Esta información se aborda en el *Capítulo 2* de este estudio.

¹⁴⁵ Esta información se aborda en el *Capítulo 2* de este estudio.

medidas que mantienen una relación de prelación en el tiempo, de forma que una medida no podrá llevarse a cabo hasta que se haya intentado previamente ejecutar la primera y así sucesivamente con el resto de medidas¹⁴⁶.

No es necesario realizar una descripción más extensa de la tutela preventiva de la trabajadora durante las situaciones relacionadas con la maternidad, puesto que en el *Capítulo 2* de nuestro estudio se desarrolla la misma con cierto nivel de detalle, tomando como referencia el concepto de trabajadora especialmente sensible. Así, se realiza un estudio del nivel proteccionista de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo, en el que, inicialmente se describe el marco normativo que regula esta tutela preventiva. Se realiza una descripción y posterior análisis de las normas internacionales –principalmente las que emanan de la OIT–; las directivas europeas que regulan aspectos relacionados con la seguridad y salud en el trabajo, en general y otros en materia de protección de la maternidad, en particular; y el marco regulador en el ordenamiento jurídico laboral español, desarrollando en este caso una aproximación histórico-normativa, a través de una descripción de las diferentes etapas históricas que, sobre esta materia, se han ido produciendo desde comienzos del siglo XX.

Asimismo, como eje vertebrador del *Capítulo 2*, se realiza una descripción y análisis de los tres niveles de acción que ampara la LPRL en esta materia: preventivo, protector y promotor de la salud laboral. El primer nivel, se estructura en base a la aplicación de los principios generales de la prevención, la evaluación de riesgos laborales, la planificación preventiva, el obligatorio listado de los puestos de trabajos exentos de riesgos para la maternidad y el procedimiento para la protección de estas situaciones en la empresa. El segundo nivel, se configura a través de la adaptación del puesto de trabajo, el cambio del mismo a otro exento de riesgo y la suspensión del contrato de trabajo. Por último, el tercer nivel recoge las medidas relacionadas con la acción promotora de la salud en el trabajo, como asunto ciertamente novedoso y casi inexplorado por el Derecho del Trabajo, en su vertiente basada en la seguridad y salud laboral.

Finaliza el *Capítulo 2*, con dos asuntos con cierto interés para nuestra investigación. El primero de ellos, está relacionado con el marco de la vigilancia de la salud del art. 22 LPRL, el cual nos sirve para analizar a través del reconocimiento médico la forma en la que se aborda el estudio del estado de salud de la mujer trabajadora con relación a los riesgos a los que se encuentre expuesta. El segundo asunto trata sobre la comunicación al empresario de la situación de embarazo o la lactancia natural, al efecto de que se pueda articular de forma íntegra el sistema preventivo y proteccionista establecido en la LPRL.

¹⁴⁶ ARENAS VIRUEZ, M., “Riesgo durante el embarazo: causa de suspensión del contrato y causa de despido nulo”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales”, 2003, págs. 58-59.

1.4.2. La prohibición de discriminación en el acceso al empleo, durante la prestación laboral y frente a la extinción del contrato de trabajo

El segundo nivel de la tutela de la trabajadora embarazada, en puerperio o durante la lactancia natural o artificial, es la llamada “tutela laboral”, que está constituida por el conjunto de normas que regulan las garantías específicas –a modo de “tutela reforzada”– dirigidas a la protección de la mujer en diferentes ámbitos de las relaciones laborales. Se trata de la materialización del principio de igualdad de todos los trabajadores y la no discriminación en el ámbito laboral. Así, todos los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación sindical y por razón de lengua, dentro del Estado español.

Más concretamente, sobre el ámbito subjetivo de nuestro estudio, nos referimos al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, que 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. De manera más específica, dentro del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo, constituye discriminación directa por razón de sexo, todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (art. 8 LOIMH). En este último supuesto, podemos referirnos a una situación de discriminación por razón de maternidad¹⁴⁷. Por tanto, este tipo de discriminación comprende tanto los tratamientos peyorativos basados en la constatación del sexo de la persona perjudicada, como los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca, como puede ser el embarazo de la trabajadora, asociado de forma indisoluble a la mujer¹⁴⁸.

Es decir, la discriminación podría ser tanto por el hecho de ser mujer, como por estar embarazada o en situación de lactancia natural, o por ambos simultáneamente. En este sentido, el TC considera que, cuando se produce este doble hecho, habría que atender a la “peculiar incidencia” que, con relación a la situación laboral de la mujer, tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre¹⁴⁹. En cualquier caso, la protección de la maternidad, así como la condición biológica y la salud de la mujer trabajadora, ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales. El perjuicio causado por el embarazo constituye un

¹⁴⁷ ROJO TORRECILLA, E., “La protección contra la discriminación por razón de maternidad. STC núm. 108/2019, de 30 de septiembre”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2019.

¹⁴⁸ STC núm. 2/2017 de 16/01/2017.

¹⁴⁹ STC núm. 233/2007, 05/11/2007.

supuesto de discriminación directa por razón de sexo¹⁵⁰. Por lo que, la mujer, por razón de su embarazo, no puede situarse en una situación desfavorable o perjudicial respecto al hombre¹⁵¹.

Para hacer frente a estas situaciones de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, se ha desplegado todo un conjunto de normas que tienen como espíritu el establecimiento de un marco de tutela reforzada, que impida la generación de conductas discriminatorias hacia las mujeres trabajadoras en determinadas situaciones biológicas. Concretamente nos estamos refiriendo a la LET y al resto de normas que directa o indirectamente han coadyuvado para alcanzar el objeto de la tutela reforzada.

Toda esta tutela laboral se describe en el *Capítulo 3* de este trabajo de investigación, en el que se describe el marco normativo y las reglas que regulan aspectos concretos de las relaciones laborales que afectan a la mujer durante las situaciones relacionadas con la maternidad. Nos referimos a los supuestos de acceso, permanencia y salida del mercado laboral de la mujer. Se trata de analizar aquellos casos en los se plantea una problemática jurídica y tanto la doctrina como la jurisprudencia aporten diferentes soluciones al hecho objeto de estudio. Así, se realiza un estudio de las condiciones de acceso al empleo y la contratación, centrado en la duración máxima de los contratos de trabajo y la duración del periodo de prueba. Con relación al tiempo de trabajo, se describe el marco normativo y doctrinal del permiso para el cuidado del lactante, el permiso por nacimiento de hijo prematuro o que deba estar hospitalizado a continuación del parto y las vacaciones anuales en su relación con la maternidad y la lactancia. Asimismo, se analiza la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento biológico, por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento y por parte del progenitor distinto de la madre biológica. Por último, se estudian los diferentes supuestos del despido de la trabajadora en situación de maternidad, por causas objetivas y disciplinarias.

1.4.3. La garantía de acceso a prestaciones suficientes durante las situaciones relacionadas con la maternidad

Por último, nos centramos en la denominada “tutela prestacional”, como tercer pilar básico de la tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral. Permite completar el marco protector de la propia maternidad, de forma que, además de: 1) proteger la salud de la trabajadora y de su feto o hijo, adoptando las medidas preventivas y de protección adecuadas de acuerdo a la LPRL; 2) evitar que trabaje durante determinados periodos, a través de la suspensión del contrato, con reserva del puesto de trabajo en sus diferentes modalidades (LET) y; 3) amparar a la trabajadora

¹⁵⁰ STC núm. 162/2016, de 03/10/2016.

¹⁵¹ STS de 14/03/2014.

frente a medidas discriminatorias, contrarias al principio de igualdad entre trabajadores; el ordenamiento jurídico laboral permite dar un paso más en su sistema de protección social. Así, es esencial que se le proporcione a la trabajadora un sustento económico a través de diferentes prestaciones para garantizar su manutención y la de su hijo, que compense la pérdida de retribuciones durante las ausencias del trabajo o las suspensiones del contrato originadas como consecuencia de situaciones relacionadas con la maternidad. Se trataría de un sistema indemnizatorio basado en prestaciones económicas en favor de la madre esencialmente, contenido en el ordenamiento de la Seguridad Social. Este marco normativo está constituido esencialmente por la LGSS (Capítulos VI a IX del Título II), desarrollado por el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Como decíamos, la protección social de la maternidad en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, completa, asegura y cierra todo el dispositivo protector desplegado por el ordenamiento jurídico laboral en torno a la maternidad. Como es evidente, este nivel de protección social camina de forma paralela –como no podía ser de otra manera– junto con la protección laboral que reconoce al trabajador la suspensión de la prestación de trabajo. Así, la protección de la capacidad económica del trabajador es la finalidad básica de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante, por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural¹⁵². Se trata, por tanto, de cubrir la pérdida de rentas del trabajo –salario– o de ingresos que sufren los trabajadores a consecuencia de la suspensión del contrato, dando cumplimiento así a lo establecido en la Directiva 92/85/CEE, que reconoce el derecho de la trabajadora al mantenimiento de su remuneración o al beneficio de una prestación adecuada.

El *Capítulo 4* de este trabajo de investigación, describe y analiza el marco normativo, doctrinal y jurisprudencial de la tutela prestacional de la maternidad. Así, se realiza un estudio de la normativa, a nivel internacional –basándonos fundamentalmente en las resoluciones de la OIT–, comunitario –esencialmente la Directiva 92/85/CEE– y nacional. En este último caso, se realiza un análisis de la evolución de la normativa desde finales del siglo XIX hasta la actualidad, pasando por las diferentes etapas históricas más recientes de nuestro país. Asimismo, se aborda el estudio de las diferentes prestaciones que configuran la tutela prestacional: por nacimiento y cuidado de menor en sus modalidades contributiva y no contributiva, resultado de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019; por el ejercicio corresponsable del cuidado de lactante, que se construye en base al cuidado del menor

¹⁵² GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social”, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2004, pág. 167.

compartido por ambos progenitores; por riesgo durante el embarazo; y por riesgo durante la lactancia natural.

Como materias accesorias, se estudian dos temas que, consideramos muy interesantes, por su aplicación directa al régimen económico de la maternidad. En primer lugar, se realiza estudio sobre cómo deben tributar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) las prestaciones asociadas a la maternidad, explicando las controversias que se han resuelto en los últimos años por parte de la jurisprudencia. Y, en segundo lugar, se analiza el complemento por maternidad, dirigido a las mujeres beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente (IP) o viudedad. Se indaga en el origen del complemento y en la finalidad del mismo, la aportación demográfica de la mujer a la Seguridad Social, a través de hijos biológicos o adoptados. Igualmente, se ha estudiado la forma en que se ve afectado el principio de igualdad, con relación a los beneficiarios y la solución que aportan los tribunales de justicia a las diferentes situaciones problemáticas.

Por último, en materia de infracciones y sanciones, se ha descrito el régimen sancionador ante incumplimientos de la normativa sobre las prestaciones en materia de Seguridad Social. Concretamente, se han desarrollado las infracciones de las empresas y los trabajadores (leves, graves o muy graves) y las sanciones asociadas a las mismas, en sus diferentes grados (mínimo, medio o máximo).

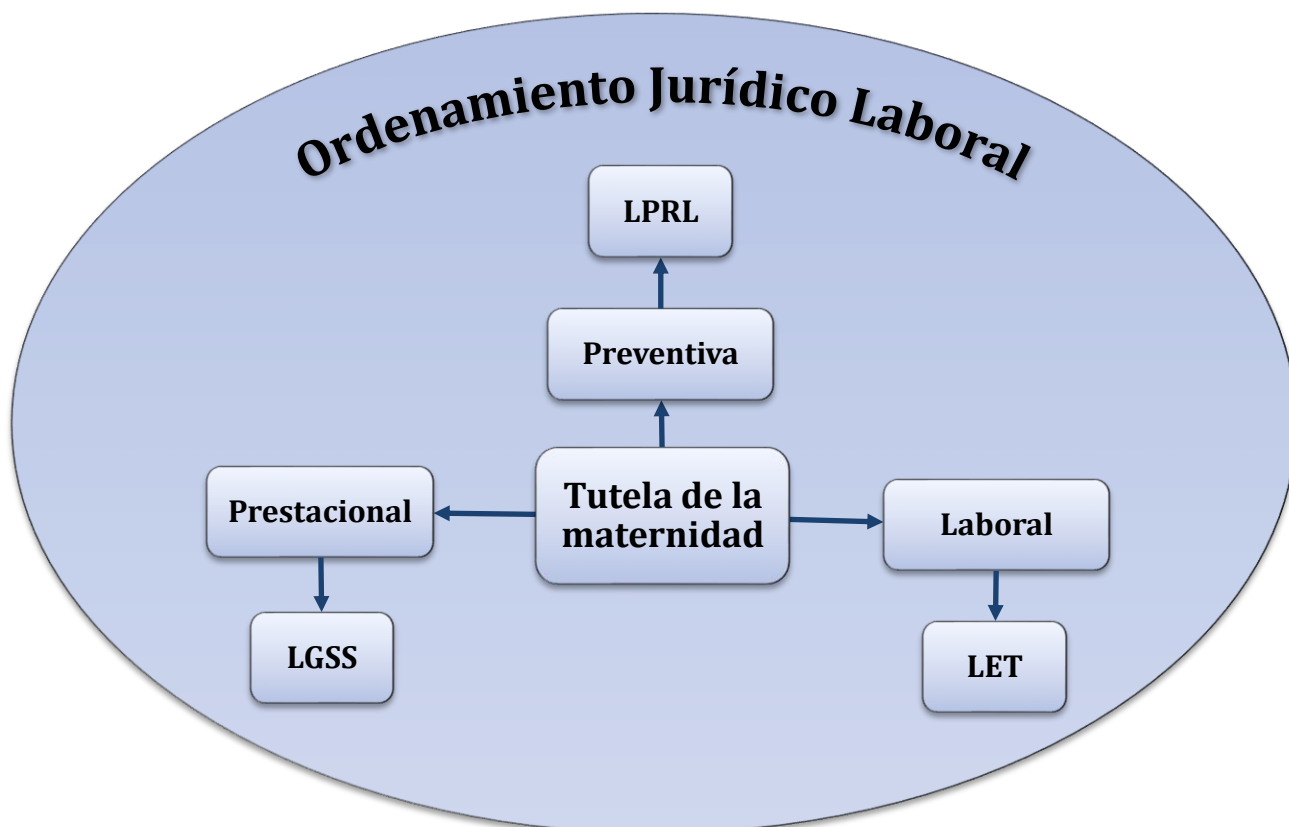


FIGURA 1.2. Esquema de la triple tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral.

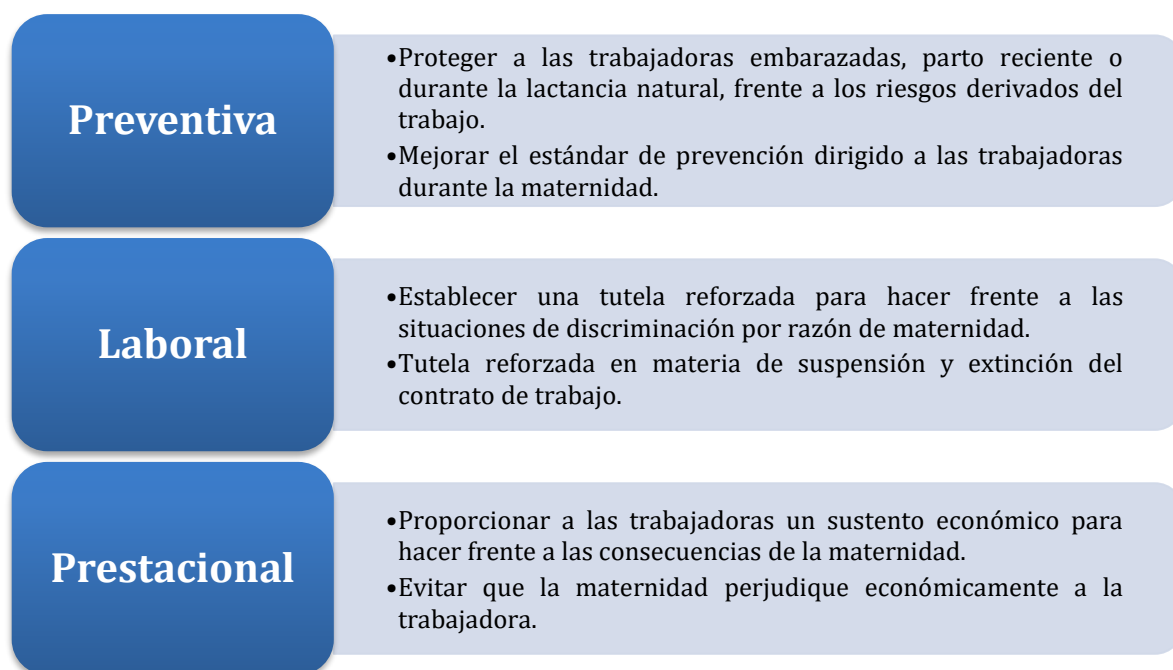


FIGURA 1.3. Principales objetivos de la triple tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral.

1.5. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

A continuación, en este último apartado exponemos de una manera breve y concisa el resumen de cada epígrafe de este *Capítulo* y las principales conclusiones que se derivan de los mismos:

En primer lugar, en el epígrafe 1.2, se ha realizado un breve análisis de las condiciones de trabajo de la mujer en el ámbito laboral y de las medidas que el marco normativo ha establecido para garantizar la igualdad de trato en el empleo y frente a las discriminaciones por razón de sexo en el mismo ámbito. Los diferentes indicadores de género citados, nos permiten concluir que existe una cierta precariedad en el mercado laboral femenino, presentando las mujeres, en términos globales, peores resultados que los hombres. Ante esta situación, el ordenamiento jurídico laboral contempla diferentes acciones que permiten activar la tutela antidiscriminatoria, para hacer frente a las discriminaciones por razón de sexo.

En este sentido, el marco normativo se ha sido reforzado a través de tres normas que consideramos de especial trascendencia para la tutela de la maternidad en el ámbito laboral. La primera de ellas fue la LCVFL de 1999, norma que tuvo una gran trascendencia para la época y que vino a dar cumplimiento al mandato de la UE, al transponer las Directiva 92/85/CEE y 96/34 CEE. Como hecho importante, destacamos el reconocimiento de la situación de riesgo durante el embarazo como causa suspensiva y la prestación económica de la Seguridad Social, asociada a la

misma. En 2007 se aprobó la LOIMH, ley que surgió para hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en diferentes ámbitos de la sociedad. Sentó las bases de la prestación por riesgo durante el embarazo, pasando a ser un subsidio derivado de contingencias profesionales, no de comunes, como hasta el momento, e incrementando el porcentaje de la base reguladora, pasando del 75% al 100%. Asimismo, amplió el ámbito protector para las situaciones relacionadas con los supuestos de riesgo durante la lactancia natural de menor de nueve meses, configurando la nueva prestación económica derivada de esta contingencia.

La última reforma de gran calado que el legislador realizó en esta materia, fue a través del Real Decreto-ley 6/2019, norma que originó importantes cambios tanto a nivel conceptual y de objetivos, como de contenidos. En primer lugar, llama la atención la reorientación de los objetivos que el legislador persigue con el marco normativo de protección de la maternidad en el trabajo. Así, todo lo hace girar hacia la corresponsabilidad en el ámbito familiar y del cuidado de las personas. Se trata de que haya un reparto equilibrado de las tareas domésticas, entre las que se incluyen, las relacionadas con la maternidad-paternidad. Es decir, se persigue que la mujer no sea en su mayoría la que asuma este tipo de responsabilidades, como así ocurre desde hace décadas. No hay más que acudir a los datos que sobre la temática publican diferentes organismos institucionales que así lo ponen de manifiesto. En segundo lugar, es interesante el cambio de denominación de los términos que se ha producido, desapareciendo los conceptos de maternidad, paternidad o parto; evolucionando hacia la suspensión del contrato por nacimiento y la prestación por nacimiento y cuidado de menor. En tercer lugar, a nivel de contenidos, destacamos la equiparación de la duración del permiso para ambos progenitores, de dieciséis semanas de duración en el supuesto general. En nuestra opinión, esta equiparación de derechos entre progenitores ha supuesto un gran avance en las políticas de igualdad. Así, se eliminó la posibilidad de transferencia entre progenitores, siendo obligatorio para ambos el descanso de las seis semanas posteriores al nacimiento o la adopción, que persigue avanzar en la corresponsabilidad en el cuidado de los menores. Igualmente, destacamos los cambios en el permiso para el cuidado del lactante, que ha evolucionado hacia un derecho individual e intransferible de las personas trabajadoras, siendo el objeto central el “cuidado del lactante”, con independencia del acto de lactancia en sí mismo. Por último, citamos como novedad, la prestación económica para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, hasta que el menor cumpla los doce meses de edad.

Continuando con el epígrafe 1.2, hemos realizado un breve estudio sobre algunas de las controversias o conflictos que hoy en día están presentes en el mercado laboral femenino. Así, nos referimos a la igualdad de remuneración y brecha salarial de género y por maternidad, indicador que pretende mejorarse a través de diferentes modificaciones normativas de 2019 y 2020, que tratan de hacer efectivo el derecho a

la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva. En cuanto a la brecha de género en el ordenamiento de la Seguridad Social, destacamos la transformación del complemento de maternidad en el nuevo “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, puesto en marcha en 2021 al objeto de dar cumplimiento a la jurisprudencia del TJUE que declaró discriminatorio hacia los hombres, tal y como estaba configurado inicialmente. Sobre la corresponsabilidad en el ámbito familiar como medio para lograr la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, citamos los nuevos derechos que contempla la Directiva 2019/1158 (permiso para cuidadores, derecho de ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor y derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse del cuidado de hijos), que deberán transponerse a nuestro ordenamiento interno en fecha anterior a agosto de 2022. Resulta también esencial prestar atención a las políticas activas de empleo destinadas a mujeres, como herramientas esenciales para la mejora de los indicadores de género y contra la precariedad laboral femenina y las discriminaciones por razón de sexo en el trabajo. Por último, sobre la tutela de la maternidad en el ámbito laboral, precisar que en su estudio se deben tener en cuenta los tres pilares que la configuran: preventivo, laboral y prestacional.

En segundo lugar, hemos elaborado un breve glosario con los 34 términos o expresiones jurídicas que más frecuentemente se van a citar en el resto de capítulos de este estudio. El resultado obtenido permite introducir al lector en los aspectos más esenciales del ordenamiento jurídico laboral, en materia de protección de la maternidad. Se facilitan datos como el concepto jurídico o médico, en su caso, la norma esencial que lo regula, el alcance y objeto que persigue, etc. Para su elaboración, se han tenido en cuenta textos legales o reglamentarios, diccionarios jurídicos o médicos, así como aportaciones de la doctrina científica.

Con estas definiciones hemos intentado describir los términos de una manera clara y directa, al objeto de guiar e introducir al lector en el ámbito de la protección de la maternidad. Conceptos como maternidad, acción preventiva, evaluación de riesgos o complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, son esenciales que sean conocidos para poder comprender mejor la extensión de los mismos que se produce en el resto de capítulos de la tesis.

Y, en tercer lugar, hemos descrito la triple tutela de la mujer trabajadora durante las situaciones relacionadas con la maternidad, eje central sobre el que gira todo el discurso jurídico de este trabajo de investigación. Nos referimos concretamente a la tutela preventiva, laboral y prestacional. Sobre la tutela preventiva hemos descrito el concepto de trabajador especialmente sensible, como punto de partida para activarla. Así, la trabajadora embarazada, en parto reciente o durante la lactancia natural, se concibe como “trabajadora especialmente sensible”, lo que implica la activación del conjunto de medidas preventivas y de protección que se establecen en la LPRL.

Particularmente, nos referimos al art. 26 LPRL, que contiene el estándar de “tutela reforzada” que habrá que añadir al “estándar de prevención” que se aplica al colectivo general de trabajadores. La conclusión es que la empresa está obligada a aplicar esta tutela reforzada a todos los TES en general y a las mujeres durante la maternidad en particular. Obligaciones que deben traducirse en una protección específica y reforzada, a través de los tres niveles de acción que ampara la LPRL: preventivo, protector y promotor de la salud laboral.

En cuanto a la tutela laboral, al igual que ocurre con la tutela preventiva, se establece una “tutela reforzada” en el ámbito de las relaciones laborales, que se traduce en un conjunto de normas que regulan garantías específicas dirigidas a la protección de la mujer durante determinadas situaciones relacionadas con la maternidad. Normas que se contienen esencialmente en la LET y que tratan de activar la tutela antidiscriminatoria para hacer frente a las discriminaciones por razón de sexo que pudieran producirse. La jurisprudencia ha determinado que estas discriminaciones directas por razón de sexo, pueden tener una doble entrada, es decir, la discriminación podría ser tanto por el hecho de ser mujer, como por estar embarazada o en situación de lactancia, o por ambos simultáneamente. En este sentido, el TC manifiesta que habría que atender a la “peculiar incidencia” que, con relación a la situación laboral de la mujer, tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre. En conclusión, el perjuicio causado por el embarazo constituye un supuesto de discriminación directa por razón de sexo, por lo que, la madre no puede situarse en una situación desfavorable o perjudicial respecto al hombre. Por ello, el marco normativo contiene una tutela laboral reforzada para las mujeres en estas situaciones biológicas, que establecen garantías específicas en el acceso y permanencia en el mercado laboral, así como durante los diferentes supuestos de suspensión del contrato de trabajo por causas relacionadas con la maternidad. Por último, determina garantías adicionales para la protección de la trabajadora frente a los despidos que pudieran tener su origen una situación de discriminación directa por razón de sexo, basada en la maternidad.

Por último, nos referimos a la llamada tutela prestacional, que se recoge en el ordenamiento de la Seguridad Social, principalmente en la LGSS y en el Real Decreto 295/2009, de desarrollo de las prestaciones relacionadas con la maternidad. Se trata del último nivel de la tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral que calificamos como “esencial”, puesto que, se pone a disposición de la madre un conjunto de prestaciones económicas que permiten su sustento, garantizando así su manutención y la de su hijo, de forma que se compense la pérdida de retribuciones durante las ausencias del trabajo. Esta tutela se activa de forma de forma paralela a la tutela laboral, que establece las diferentes modalidades de suspensión del contrato de trabajo por causas relacionadas con la maternidad. Así, por cada modalidad suspensiva, el ordenamiento de la Seguridad Social contempla una prestación

económica que suple la falta de ingresos provocada por su ausencia en el trabajo. Las prestaciones que, entre otras, constituyen esta tutela prestacional, son por nacimiento y cuidado de menor; por el ejercicio corresponsable del cuidado de lactante; por riesgo durante el embarazo; y por riesgo durante la lactancia natural. Podemos concluir que se trata de un auténtico escudo de protección social de la madre trabajadora, sin el que no tendría razón de ser la tutela laboral y preventiva. Finalmente, precisar que esta tutela permite completar, asegurar y cerrar el marco protector de la maternidad, que pasamos a describir en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO 2

La acción preventiva y protectora de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo

2.1. INTRODUCCIÓN

El embarazo y la lactancia natural son estados biológicos propios de la mujer que se encuentra en edad fértil y que no debemos concebir como una enfermedad, sino como un aspecto de la vida cotidiana¹⁵³ ¹⁵⁴. Sin embargo, no podemos obviar que esta maternidad puede provocar que la mujer presente una mayor vulnerabilidad a sufrir los riesgos propios de su actividad laboral, pudiendo verse afectada su salud, la de su futuro hijo y el normal desarrollo del embarazo o la lactancia¹⁵⁵. Durante la maternidad, los cambios fisiológicos que se producen en la mujer (cardiocirculatorios, endocrinológicos, metabólicos, etc.), junto con la presencia de riesgos específicos en el lugar de trabajo, dotan a la mujer de una “especial sensibilidad” que justifica la singular protección jurídica laboral de la trabajadora con relación a determinados estados biológicos¹⁵⁶.

Con la plena incorporación de la mujer al mercado de trabajo, son muy numerosas las situaciones conflictivas que pueden plantearse en el ámbito laboral y que están relacionadas con los procesos de maternidad¹⁵⁷. Muchas mujeres trabajan durante el embarazo y otras muchas reanudan su actividad profesional durante el período de lactancia. Un embarazo normal conlleva grandes cambios fisiológicos, anatómicos y psicológicos, por lo que unas condiciones laborales consideradas aceptables en situaciones normales, pueden dejar de serlo durante el embarazo. Igualmente, las posibles complicaciones asociadas al embarazo, al postparto o a la lactancia natural y el tiempo necesario para la recuperación después del parto pueden interferir en la capacidad para trabajar de la mujer¹⁵⁸.

¹⁵³ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación COM (2000) 466 final de la Comisión, de 05/10/2000, sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo)”. Sobre una interpretación de los contenidos de esta comunicación, véase STJUE de 19/10/2017, *Asunto Otero Ramos C-531/15*.

¹⁵⁴ Véase interesante defensa que realiza ROFES I PUJOL, M. I., “El embarazo no es una enfermedad”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 1, 1999, págs. 20-23.

¹⁵⁵ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 17. PÉREZ DEL RIO, M.T., BALLESTER PASTOR, M.A., “Mujer y salud laboral”, Wolters Kluwer, 1999, pág. 9.

¹⁵⁶ Las principales alteraciones cardiocirculatorias están relacionadas con el aumento de una serie de parámetros como el pulso (de 10 a 15 latidos/minuto), el volumen sanguíneo (de un 25-45% como media) y el volumen espirado por minuto. En cuanto a los cambios endocrinológicos, se pueden producir alteraciones en el metabolismo basal y en el consumo de oxígeno (incremento del 20% y entre el 20-30% respectivamente) (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión de los fundamentos legales y técnicos relativos a los agentes de riesgo para la reproducción humana”, *Mapfre Medicina*, 2004, vol. 15, núm. 1, págs. 32-33).

¹⁵⁷ Según datos de DUEÑAS FERNÁNDEZ, D., IGLESIAS FERNÁNDEZ, C., LLORENTE HERAS, R., “Push in or push out?: La discriminación de la mujer en el mercado de trabajo español”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 111, 2014, pág. 37, en el periodo 1996-2013, el colectivo femenino ha incrementado el número de mujeres ocupadas en un 72,46 por ciento frente al 9,33 por ciento del colectivo masculino.

¹⁵⁸ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Directrices para la evaluación...”, op. cit., pág. 7.

En este sentido, las condiciones de trabajo deben adecuarse al estado biológico de la mujer gestante mediante un proceso dinámico, del mismo modo que lo es dicho estado¹⁵⁹. Por ello, la legislación preventiva le otorga a la mujer trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural un tratamiento diferenciado respecto al resto de colectivos laborales. Así, como ya se abordó en el *Capítulo 1*, se incluye dentro del denominado grupo de trabajadores especialmente sensibles que precisa de una protección específica y reforzada respecto del colectivo general de trabajadores.

Para abordar este nivel proteccionista, en el presente *Capítulo* analizamos desde diferentes planteamientos la situación de la mujer trabajadora embarazada, en parto reciente y durante la lactancia natural, examinando lo que calificamos como la tutela preventiva en el marco de la seguridad y salud en el trabajo.

En primer lugar, abordamos el complejo entramado normativo que regula la acción protectora de la maternidad en el ámbito de la seguridad y salud laboral en tres ámbitos diferentes: internacional, comunitario y nacional. Se realiza un análisis de los diferentes convenios y recomendaciones de la OIT y su nivel de aceptación en el ámbito español. A nivel comunitario examinamos las Directivas 89/391/CEE (Directiva Marco) y 92/85/CEE y como se ha producido su transposición al ordenamiento jurídico interno. Para finalizar este bloque, se aborda el estudio de la normativa de ámbito nacional, configurada esencialmente a través del art. 26 LPRL.

Centrándonos en el ámbito interno, analizamos de forma pormenorizada el nivel proteccionista, basado en la LPRL en general y en su art. 26 en particular, describiendo las medidas que se plantean en el mismo a través de las acciones preventivas, protectoras y promotoras de la salud. Estas medidas se estructuran en tres niveles: 1º) constituido por la aplicación de los principios generales de la prevención, la evaluación de riesgos laborales, la planificación preventiva, el obligatorio listado de los puestos de trabajos exentos de riesgos para la maternidad y el procedimiento para la protección de estas situaciones en la empresa; 2º) configurado a través de la adaptación del puesto de trabajo, el cambio del mismo a otro exento de riesgo y la suspensión del contrato de trabajo; y 3º) se recogen las medidas relacionadas con la acción promotora de la salud en el trabajo, como asunto ciertamente novedoso y casi inexplorado por el Derecho del Trabajo, en su vertiente basada en la seguridad y salud laboral.

A continuación, centrándonos en el marco de la vigilancia de la salud del art. 22 LPRL, analizamos a través del reconocimiento médico la forma en la que se aborda el estudio del estado de salud de la mujer trabajadora con relación a los riesgos a los que se encuentre expuesta. Así, es interesante indagar sobre los protocolos de vigilancia sanitaria específica que conllevan un tratamiento particular de la mujer en

¹⁵⁹ PÉREZ ZAPATA, A., DEL PRADO LÓPEZ, O., GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M.T., "Embarazo y carga física", capítulo 8 de la "Guía práctica de salud laboral para la valoración de: aptitud en trabajadores con riesgo de exposición a carga física", Escuela Nacional de Medicina del Trabajo, Instituto de Salud Carlos III, Ministerio de Economía y Competitividad, 2015, pág. 105.

determinados estados biológicos. Por último, hemos considerado importante plantear las diferentes líneas jurisprudenciales y doctrinales sobre la voluntariedad del reconocimiento médico y en que situaciones opera la obligatoriedad del mismo.

Por último, se analiza desde el punto de vista jurídico y jurisprudencial la necesaria comunicación al empresario de la situación de embarazo o la lactancia natural, al efecto de que se pueda articular de forma íntegra el sistema preventivo y proteccionista establecido en la LPRL. Se estudia con detalle el concepto de “estado biológico conocido” y la posición de la Directiva 92/85/CEE en contraposición con el art. 26 LPRL. Se concluye con las recomendaciones que tanto la empresa como la trabajadora deben adoptar ante estas situaciones, de forma que se actúe siempre en beneficio de la salud de la trabajadora y la de su futuro hijo.

2.2. LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD. LOS CONVENIOS Y LAS RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2.2.1. Las disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Las normas internacionales del trabajo establecen los principios y derechos básicos que deben estar presentes en el ámbito laboral en general y en materia de seguridad y salud en el trabajo en particular. La OIT establece a través de sus convenios (tratados internacionales legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados miembros) y recomendaciones (directrices no vinculantes que complementan a los convenios, proporcionando directrices más detalladas sobre su aplicación), las líneas de actuación básicas que en materia de PRL deben adoptar los Estados miembros que así los ratifiquen, pudiendo asimilarse, en el caso de los convenios, a normas de *derecho necesario relativo mínimo*.

Desde sus inicios, la OIT se ha comprometido con la mejora de los derechos de la mujer trabajadora, dedicando parte de sus esfuerzos a la promoción de la igualdad y equidad entre sexos, siendo uno de sus temas centrales la protección de la maternidad¹⁶⁰. En materia de prevención y protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo, la OIT a lo largo de su historia ha publicado numerosos convenios y recomendaciones considerados como pioneros y altamente especializados, que vamos a emplear como base estructural para la configuración de la tutela preventiva de la maternidad^{161 162}. Así, desde sus orígenes la OIT ha considerado

¹⁶⁰ SERRANO GARCÍA, J.M., “La situación de discriminación directa de la mujer en situación de maternidad por incumplimiento de cláusulas convencionales de reconocimiento de derechos”, *Derecho Social*, núm. 78, 2017, pág. 149.

¹⁶¹ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, *op. cit.*, pág. 29.

¹⁶² Véase estudio completo sobre la temática en BALLESTER PASTOR, M.A., “Protección de la maternidad y protección de la mujer en la OIT: avances y contradicciones”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, págs. 75-105.

la protección de la maternidad en el ámbito laboral como una materia prioritaria, prueba de ello son los sucesivos convenios y recomendaciones que ha publicado a lo largo de su historia, destacando el Convenio número 3, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, aprobado en 1919 (fecha en la que se fundó este organismo)¹⁶³. Este convenio recoge principalmente cuestiones relacionadas con la protección laboral y prestacional de la maternidad, entre otras, citamos a modo de ejemplo: 1) derecho a un descanso por maternidad de al menos doce semanas, a disfrutar durante el embarazo o después del mismo, siempre que al menos seis semanas sean posteriores al parto; 2) derecho a dos descansos de media hora para permitir la lactancia; y 3) derecho a una prestación económica durante la suspensión del contrato de trabajo, así como la asistencia gratuita de un médico o comadrona. Sin embargo, no solamente ayuda a proteger la maternidad y a fomentarla en su sentido más biológico y natural, sino que estas medidas impiden que los posibles riesgos que pudieran presentarse en el puesto de la trabajadora embarazada o de parto reciente, puedan influir negativamente en la salud de ella misma y en la del recién nacido.

Simultáneamente, se aprobó el Convenio número 4, sobre el trabajo nocturno de las mujeres, en el que se establece en su art. 3 que las mujeres sin distinción de edad, no pueden trabajar durante la noche en ninguna empresa industrial pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia¹⁶⁴. Es cierto que esta norma no hace referencia alguna a la maternidad, embarazo o lactancia, sin embargo, vemos interesante al menos mencionarla en este estudio, puesto que, si se trata de proteger a la mujer trabajadora, estaremos protegiendo indirectamente a la maternidad, atendiendo a su condición biológica específica.

En cuanto al trabajo nocturno de las mujeres y tras dejar sin efecto práctico el Convenio número 4 ya citado, la OIT volvió a regular esta temática a través de su Convenio número 89, que actualmente no está en vigor y que fue denunciado por España el 27 de febrero de 1992¹⁶⁵. Actualmente, a nivel nacional ninguna norma establece la prohibición genérica del trabajo nocturno de la mujer. En este sentido, la STC 229/1992, de 14 de diciembre, consideró contraria al art. 14 CE la norma

¹⁶³ Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921. Ratificado por España el 4 de julio de 1923.

¹⁶⁴ Aprobado por la OIT en 1919. Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921. Ratificado por España el 29 de septiembre de 1932. Actualmente la OIT lo “califica como convenio dejado de lado”, es decir, que ha dejado de ser pertinente en el contexto actual”. Este convenio nunca fue denunciado por España.

¹⁶⁵ Denuncia por España del Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948), adoptado en Ginebra el 9 de julio de 1948 («BOE» núm. 93, de 17/04/1992). Esta denuncia sirvió para resolver las discrepancias con la CE y con la Directiva 76/207, puesto que “ambas normas configuraban el principio de igualdad de oportunidades, de tal modo que impedía la validez de las normas protectoras femeninas diferentes de aquellas dirigidas a proteger el embarazo y la maternidad” (BALLESTER PASTOR, M.A., “Protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 82).

española preconstitucional que establecía la prohibición del trabajo de la mujer en el interior de las minas¹⁶⁶.

Con el Convenio número 3 se abrió una etapa restrictiva o prohibitiva para la maternidad, considerando a la mujer fisiológicamente inferior al varón, teniendo una innata debilidad y que debía protegerse para salvaguardar la maternidad¹⁶⁷. Por ello, se estimaba necesario impedir el acceso de la mujer a determinadas actividades laborales como el trabajo nocturno ya citado (Convenio número 4, de 1919); trabajos de pintura industrial que entrañen el empleo de cerusa, de sulfato de plomo o de cualquier otro producto que contenga dichos pigmentos (Convenio número 13, de 1921, sobre la cerusa (pintura)); trabajos que expongan a la mujer al saturnismo, como en los hornos de cinc y plomo, manipulación y tratamiento de plomo, fabricación de soldaduras de plomo, etc. (Recomendación número 4, de 1919, sobre el saturnismo); o trabajos subterráneos en minas, sea cual fuere la edad de la mujer (Convenio número 45, de 1935, sobre el trabajo subterráneo).

En una segunda fase, en la década de los años 50, la OIT cambia su postura prohibitiva hacia la mujer trabajadora, dando un importante giro a las normas que publica, buscando la no discriminación entre hombres y mujeres y conjugando la libertad e igualdad de condiciones con independencia del credo, raza o sexo. La protección de la maternidad y la función reproductiva fueron a partir de entonces los únicos supuestos en los que se incluían limitaciones o prohibiciones a las mujeres trabajadoras, estableciendo auténticas medidas preventivas para la adaptación del puesto de trabajo de las mujeres embarazadas¹⁶⁸. Se pasaba entonces de una normativa paternalista de protección de la mujer como sujeto débil a una normativa de carácter preventivo orientada a la protección de los riesgos ligados a la maternidad¹⁶⁹.

En este cambio de tendencia, la OIT publica en 1952 el Convenio número 103, sobre protección de la maternidad, que contiene importantes avances en materia de protección laboral y prestacional de la maternidad y la lactancia y que sin embargo es parco en la protección de la seguridad y salud de la mujer trabajadora embarazada o lactante. Es interesante mencionar que esta norma fue ratificada por España el 17/08/1965¹⁷⁰, sin embargo su contenido no se aplicaría íntegramente a las

¹⁶⁶ «BOE» núm. 16, de 19/01/1993. Sobre un estudio en profundidad de esta sentencia, véase BALLESTER PASTOR, M.A., "La sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa "protectora" de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico", Tribuna Social, núm. 27, 1993, págs. 47-52.

¹⁶⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J., "La protección por maternidad", Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 276 y 277.

¹⁶⁸ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; "La protección de la maternidad...", op. cit., pág. 30.

¹⁶⁹ NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., "Políticas de tutela...", op. cit., pág. 15.

¹⁷⁰ Fecha de entrada en vigor: 7 de septiembre de 1955. Ratificado por España el 17 de agosto de 1965 («BOE» núm. 208, de 31/08/1966).

trabajadoras a domicilio, indicando literalmente que “con la reserva expresa de que, en uso de las facultades previstas en su artículo 7º 1d), por el momento, y hasta nueva notificación, no serán aplicadas en España las disposiciones del Convenio a las mujeres asalariadas que trabajan en su domicilio”, sin que tal reserva haya sido denunciada hasta el momento presente¹⁷¹.

Este convenio es una revisión del Convenio número 3, norma que se había quedado atrasada y que, por tanto, hacía necesario el incremento de las garantías, estableciendo las bases de la protección de la maternidad que han actuado como estándar generalizado de un gran número de ordenamientos¹⁷².

En los arts. 3 a 6 de este convenio, se establecen las características de mayor entidad que resumimos brevemente:

- El descanso por maternidad será de al menos doce semanas, de las que obligatoriamente, seis serán después de la fecha del parto, siempre que la mujer presente certificado médico que acredite la fecha probable del parto.
- En el supuesto que la mujer contraiga enfermedades relacionadas con el embarazo o con el parto, la norma establece que se producirá un incremento del descanso prenatal o puerperal respectivamente, que será fijado por la autoridad competente y siempre de acuerdo a la certificación médica correspondiente.
- La trabajadora, durante su descanso por maternidad tendrá derecho a las prestaciones económicas y médicas que le pudieran corresponder de acuerdo a las legislaciones nacionales y que en todo caso: 1) deben garantizar la manutención de la mujer y la de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado; y 2) deben comprender la asistencia durante el embarazo, parto y puerperio por una comadrona diplomada o por un médico.
- En el caso de la lactancia, la mujer tendrá derecho a interrumpir su trabajo de acuerdo a las legislaciones nacionales que, en todo caso, deberán contar como horas laborales y remunerarse a tal efecto, si así está establecido por las normas nacionales.
- Por último, este convenio prohíbe que el despido de la trabajadora se produzca durante el disfrute del permiso por maternidad o lactancia o bien que el plazo de aviso del mismo finalice dentro del citado período de descanso.

Simultáneamente, se publicó la Recomendación número 95 (1952), sobre interpretación y desarrollo del Convenio número 103, que contenía aspectos

¹⁷¹ MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., “La seguridad social, «en general», en los convenios de la OIT”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 112, 2014, pág. 40.

¹⁷² BALLESTER PASTOR, M.A., “Protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 82. La justificación la encontramos en el “incremento de la participación femenina en el mercado de trabajo y la constatación de los perjuicios sanitarios y sociales que podía ocasionar el trabajo a la mujer embarazada o en situación de parto reciente y que aconsejaban la extensión de las garantías a todos los niveles (médicos y jurídicos)”.

novedosos exclusivos relacionados con la protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo. Así, a modo de resumen, el apartado V “Protección de la salud de las mujeres durante el período de la maternidad”, disponía lo siguiente:

- Como norma general, el trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidos para las mujeres trabajadoras embarazadas o en período de lactancia.
- Igualmente, los trabajos considerados por la autoridad competente como peligrosos para la salud de la mujer o la de su hijo, deberían estar prohibidos durante el tiempo que dure el embarazo y hasta tres meses después del parto, ampliable hasta el período de tiempo que dure la lactancia del neonato en el caso de que se produzca. En este sentido, la norma establece que serán calificados como trabajos peligrosos: a) los trabajos penosos (como levantar, tirar o empujar grandes pesos y cuando se exija un esfuerzo físico excesivo y desacostumbrado, incluido permanecer de pie durante largo tiempo); b) los trabajos que requieran un equilibrio especial; y c) los trabajos que impliquen trepidación (vibraciones).
- En el supuesto que la trabajadora embarazada o lactante esté realizando tareas calificadas como peligrosas por la autoridad competente, la mujer debería tener derecho a modificar su actividad laboral sin reducción del salario. Igualmente, cuando la mujer presente certificación médica que disponga que un cambio en su actividad laboral puede resultar beneficioso para la salud de la trabajadora y la de su hijo, debería realizarse la misma modificación. Se trataba de una importante novedad la que introdujo esta recomendación, pues sentaba las bases para lo que posteriormente la legislación comunitaria denominaría “adaptación de las condiciones de trabajo” y “cambio de puesto de trabajo”, medidas preventivas reales que por primera vez establecía este organismo¹⁷³.

A pesar de la importancia de los contenidos que incluye esta norma, no hay que olvidar que se trata de una recomendación y que, por tanto, no es de obligado cumplimiento ni vinculante para los Estados miembros, hecho que ha podido motivar la tardía incorporación de estos contenidos en las legislaciones nacionales¹⁷⁴.

Sin embargo, a raíz de la publicación de esta recomendación se ha comenzado a “generalizar” la inclusión de contenidos de protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo en numerosos convenios, hecho que hasta el momento no se había producido. Destacan los siguientes convenios: 1) Convenio número 110, sobre las plantaciones¹⁷⁵ (1958), en los arts. 46 a 50 se establecen condiciones específicas sobre la protección de la maternidad y la lactancia, determinando que

¹⁷³ Art. 5 Directiva 92/85/CEE.

¹⁷⁴ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 33. Idéntico argumento plantean MORENO GENE, J., ROMERO BURILLO, A.M., en “Maternidad y salud laboral”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 18 y 19.

¹⁷⁵ Fecha de entrada en vigor: 22 de enero de 1960. Convenio no ratificado por España.

“ninguna mujer embarazada podrá ser obligada a efectuar un trabajo perjudicial para su estado durante el período que preceda a su descanso de maternidad”; 2) Convenio número 136, sobre protección contra los riesgos de intoxicación por el benceno¹⁷⁶ (1971), en el que se determina que “las mujeres embarazadas cuyo estado haya sido certificado por un médico y las madres lactantes no deberán ser empleadas en trabajos que entrañen exposición al benceno o a productos que contengan benceno”; 3) Convenio número 171, sobre el trabajo nocturno¹⁷⁷ (1990), en el que se establece que deberá haber alternativas al trabajo nocturno de las trabajadoras antes y después del parto, pudiendo consistir en la asignación de un trabajo diurno o bien, “el suministro de prestaciones de seguridad social o la prórroga de la licencia de maternidad”; y 4) Convenio número 184, sobre la seguridad y la salud en la agricultura¹⁷⁸ (2001), en su art. 18 se determina que “deberán adoptarse medidas para que se tengan en cuenta las necesidades propias de las trabajadoras agrícolas, en particular, por lo que se refiere al embarazo, la lactancia y la salud reproductiva”.

Hay que precisar que el Convenio número 103, fue revisado por la OIT a través del Convenio número 183, sobre protección de la maternidad (2000), norma que entró en vigor el 07/02/2002 y que España aún no ha ratificado¹⁷⁹. En este sentido, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), ha aconsejado reiteradamente al gobierno español que proceda a ratificarlo¹⁸⁰.

Así, en 2004 la CEACR afirma que “la Comisión se permite sugerir al Gobierno que examine la posibilidad de ratificar el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), que en su artículo 8, párrafo 1, contiene disposiciones más flexibles (que las del Convenio núm. 103 de 1952) en materia de protección contra el despido al mismo tiempo que amplía la duración del período de protección”¹⁸¹. En 2010, la misma comisión determina que “la adopción del Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), que revisa el Convenio núm. 103, ha permitido tomar en consideración la evolución de las legislaciones y prácticas

¹⁷⁶ Fecha de entrada en vigor: 27 de julio de 1973. Ratificado por España el 8 de mayo de 1973 («BOE» núm. 31, de 05/02/1975).

¹⁷⁷ Fecha de entrada en vigor: 4 de enero de 1995. Convenio no ratificado por España.

¹⁷⁸ Fecha de entrada en vigor: 20 de septiembre de 2003. Convenio no ratificado por España.

¹⁷⁹ Igualmente, este convenio no ha sido ratificado por una gran parte de los países de la Unión Europea (UE), entre ellos, a modo de ejemplo, citamos: Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Polonia, Reino Unido y Suecia.

¹⁸⁰ La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones es un órgano independiente, constituido por juristas cuya misión es examinar la aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT por los Estados miembros de esta Organización. El informe anual de la Comisión de Expertos cubre numerosos aspectos relacionados con la aplicación de las normas de la OIT.

¹⁸¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)”, 92ª Conferencia Internacional del Trabajo, 1-17 de junio de 2004, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2004, pág. 374.

nacionales ya que amplía el período de protección más allá de la licencia de maternidad y prohíbe los despidos motivados por el embarazo, el parto o sus consecuencias, o la lactancia”. Asimismo, continúa afirmando que “tal como sucede en España, la carga de la prueba de la ausencia de relación entre el despido y la maternidad recae en los empleadores”, por ello estima que “a los Estados que han ratificado el Convenio núm. 103 y cuyas legislaciones han evolucionado en el mismo sentido, el Convenio núm. 183 les interesa considerar la ratificación de este último Convenio”^{182 183}.

Es importante destacar que esta norma amplía considerablemente el ámbito de aplicación con respecto al Convenio anterior, siendo extensible a todas las mujeres trabajadoras, con independencia del puesto de trabajo que ocupen o del sector profesional en el que se encuadren, incluyéndose las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente. No sucedía lo mismo con el Convenio número 103, que se aplicaba a las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas, comprendidas las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio. En cuanto al contenido de este Convenio y centrándonos en los aspectos relacionados con la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, el art. 3 establece que se deberán “adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo”. Es decir, que la peligrosidad o lesividad del trabajo, podrá venir determinada por la autoridad competente o por la evaluación de riesgos laborales que así lo determine. Este precepto es el único que regula la protección de la maternidad desde el punto de vista de la PRL. Para una mayor extensión y detalle debemos acudir a la Recomendación número 191 (2000), que interpreta y desarrolla el Convenio en cuestión y que describiremos más adelante.

A pesar de las escasas referencias a la salud laboral, este Convenio regula aspectos muy importantes sobre la protección de la maternidad en diferentes ámbitos:

- **Licencia de maternidad y en caso de enfermedad:** se establece una licencia por maternidad de al menos catorce semanas de duración, de las cuáles, como mínimo, seis serán posteriores al parto. Asimismo, la norma establece otra licencia por enfermedad o complicaciones derivadas del embarazo o el parto, ya sean antes o después de la licencia por maternidad. Las legislaciones nacionales

¹⁸² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “99ª Conferencia Internacional del Trabajo”, 2-18 de junio de 2010. Enlace: <https://bit.ly/33m4gRn>.

¹⁸³ En opinión de MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., en “La seguridad social...”, op. cit., pág. 40; “el Gobierno español nunca ha sido capaz de demostrar concluyentemente ante la OIT que el ordenamiento jurídico-laboral español satisficiera las exigencias impuestas por el artículo 6 del Convenio”.

serán las que determinen la duración y naturaleza de estos períodos de tiempo. En todo caso, se exige certificación médica que diagnostique la enfermedad o la deficiente salud por motivos relacionados con la maternidad.

- **Prestaciones económicas y médicas:** se deberán establecer prestaciones que garanticen a la mujer y al neonato unas condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado. Para ello, la norma determina que: 1) las prestaciones económicas no deberán ser inferiores a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones; o del mismo orden de magnitud que el que resulta en promedio de la cuantía anterior, si el cálculo se realiza en base a otros métodos. Deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio con cargo a fondos públicos o, según lo determinen la legislación y las prácticas nacionales; y 2) las prestaciones médicas que se presten a la madre y el neonato deberán ser la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del mismo, así como la hospitalización cuando sea necesario.
- **Protección de la lactancia:** la mujer tiene derecho durante su tiempo de trabajo a una o varias interrupciones o a la reducción de su jornada laboral para la lactancia del neonato, que deberán contabilizarse en todo caso como tiempo de trabajo y remunerarse a tal efecto.
- **Protección del empleo:** el art. 8 establece la prohibición del empresario de despedir a una mujer embarazada que esté trabajando o durante los descansos por maternidad o lactancia natural. Además, se amplía esta prohibición hasta un período de tiempo posterior a la finalización de los descansos previstos que vendrá determinado por las legislaciones y prácticas nacionales. Asimismo, se deberá garantizar a la mujer el retorno a su puesto de trabajo o equivalente con la misma remuneración.
- **Igualdad y no discriminación:** un aspecto fundamental es el regulado en el art. 9, en el que se establece que la maternidad no debe constituir una discriminación en el empleo o acceso al mismo. La mujer que solicita un empleo no está obligada a presentar certificado médico en el que se afirme si se encuentra embarazada o no, así como tampoco podrá ser obligada a someterse a un examen médico con el mismo objeto.

Por último, destacar que lo novedoso de este Convenio es que se realiza una defensa de la protección de la maternidad desde diferentes puntos de vista: fisiológico, en tanto se producen cambios en el organismo de la mujer; enfermedades que tienen su origen en el embarazo o parto; prestaciones asociadas a la maternidad durante los periodos de descanso; protección del empleo; y derechos relacionados con el cuidado de los recién nacidos¹⁸⁴. Asimismo, es el primero que se refiere a la protección de la maternidad con relación a las políticas contra la discriminación por razón de sexo. De

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., "Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada", *Temas Laborales*, núm. 79, 2005, págs. 13-14.

hecho, se refiere expresamente a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), que comentaremos más adelante.

Para finalizar, la última norma de la OIT a la que ya hemos hecho referencia es la Recomendación número 191 (2000), sobre protección de la maternidad que interpreta y complementa el Convenio número 183 (2000). Sobre la licencia por maternidad, esta Recomendación establece que se debería ampliar este descanso a dieciocho semanas de duración como mínimo. En caso de partos múltiples, se debería prever un aumento de este período.

Las prestaciones económicas a las que pudiera tener derecho la mujer deberían ser una cantidad igual a la que estuviera recibiendo en la fecha anterior al hecho causante, es decir, el parto o la baja laboral por enfermedad causada por el embarazo o el parto, por lo que debería recibir el 100% de los ingresos que estuviera percibiendo anteriormente. En este sentido, la mujer trabajadora que se reincorpora al mercado de trabajo tras la maternidad, debería ocupar su puesto de trabajo anterior o un puesto equivalente con la misma remuneración.

Las prestaciones médicas deberían incluir: a) la asistencia de un médico de medicina general o de un especialista en su consultorio, a domicilio o en un hospital u otro establecimiento médico; b) la asistencia de maternidad de una comadrona diplomada o de otros servicios de maternidad a domicilio o en un hospital u otro establecimiento médico; c) la estancia en un hospital u otro establecimiento médico; d) todos los productos, farmacéuticos y médicos, exámenes y análisis necesarios prescritos por un médico u otra persona calificada; y e) la asistencia odontológica y quirúrgica.

Sobre la lactancia natural, esta Recomendación establece que las interrupciones durante la jornada laboral para la lactancia se determinarán por las legislaciones y prácticas nacionales, adaptándose a los casos particulares. Se podrán agrupar, permitiendo una reducción de horas de trabajo al comienzo o al final de la jornada laboral.

Mención especial merece el apartado sexto en el que se establecen medidas específicas de protección de la salud. Por primera vez, se recomienda realizar una PRL con una perspectiva de género teniendo en cuenta la salud de la mujer embarazada o lactante y la de su hijo. Así, las evaluaciones de riesgos laborales que se realicen en la empresa deberán tener en cuenta estas circunstancias y comunicar los resultados que se obtengan a las afectadas.

La evaluación de los riesgos laborales determinará y valorará el nivel de riesgo al que está sometida la mujer embarazada o lactante. Con estos datos, se deberán adoptar las siguientes medidas preventivas, atendiendo a su prioridad:

- a) Eliminar el riesgo.
- b) Adaptar las condiciones de su puesto de trabajo.

- c) Trasladar a la mujer a otro puesto de trabajo con igual remuneración cuando no pueda adaptarse su puesto laboral.
- d) Otorgar a la mujer licencia remunerada en los casos en los que no sea posible su traslado.

En particular se deberán adoptar estas medidas cuando se desarrollen los siguientes tipos de trabajos:

- a) Todo trabajo penoso que obligue a levantar, cargar, empujar o tirar de cargas manualmente.
- b) Todo trabajo que exponga a la mujer a agentes biológicos, químicos o físicos que puedan ser peligrosos para sus funciones reproductivas.
- c) Todo trabajo que exija particularmente un sentido del equilibrio.
- d) Todo trabajo que requiera un esfuerzo físico por exigir que la mujer permanezca sentada o de pie durante largos períodos o por exponerla a temperaturas extremas o a vibraciones.

Estas medidas preventivas, deberán llevarse a cabo siempre en el orden que se citan, de forma que no se podrá realizar una acción concreta sin antes haber intentado implantar la anterior. La última de las medidas, es una novedad con relación a la Recomendación número 95, que ya incluía alguna de estas acciones específicas para la protección de la mujer trabajadora embarazada o lactante.

Como puede observarse, estas medidas son muy similares a las que se establecen en los art. 15 LPRL –los principios de la acción preventiva– y en el 26 LPRL –protección de la maternidad–, que contienen la esencia del sistema proteccionista de la mujer embarazada, parto reciente o lactancia natural en materia de seguridad y salud laboral.

Para completar este bloque de medidas de protección de la salud, se establece que una mujer embarazada no debería realizar trabajos nocturnos, cuando así se considere por prescripción médica. Asimismo, y al efecto de realizar los controles médicos adecuados a su estado, la mujer debería tener derecho a ausentarse del trabajo para someterse a los exámenes médicos necesarios. Una vez desaparezca el riesgo laboral para la salud de la trabajadora, debería poder reincorporarse a su puesto de trabajo.

Una de las novedades que introduce esta Recomendación es el derecho de los padres al descanso por paternidad en determinadas circunstancias: 1) cuando la madre fallezca en fecha posterior al parto y no haya finalizado el período de descanso por maternidad, el padre debería tener derecho al tiempo de descanso que le restase a la madre por disfrutar de su licencia por maternidad; y 2) cuando la madre en fecha posterior al parto se encuentre hospitalizada y no pueda hacerse cargo de su hijo. La duración del permiso del padre será del tiempo que le restaba a la madre por licencia por maternidad. Cuando ambos progenitores estén empleados, deberían tener derecho

a un descanso parental que comenzara en fecha posterior a la finalización de la licencia por maternidad. La distribución entre los progenitores y el pago de las prestaciones, deberían regularse por las legislaciones y prácticas nacionales.

Para finalizar el estudio de esta Recomendación, se recoge por primera vez el supuesto que los hijos sean adoptados en lugar de ser concebidos de forma natural. Los progenitores que opten por ser padres adoptivos, deberían tener acceso a los mismos derechos de licencias, prestaciones pecuniarias y médicas y protección del empleo al igual que el resto de padres que optan por ser padres naturales.

En las Tablas 2.1, 2.2 y 2.3, se resumen de forma esquemática los contenidos de los convenios y las recomendaciones de la OIT sobre protección de la maternidad, que ya hemos analizado previamente¹⁸⁵.

TABLA 2.1. Convenios de la OIT sobre protección de la maternidad.

NORMA	FECHA DE APROBACIÓN	FECHA DE RATIFICACIÓN POR ESPAÑA
Convenio número 3	29/10/1919	04/07/1923
Convenio número 103	04/06/1952	17/08/1965
Convenio número 183	15/06/2000	No ratificado

TABLA 2.2. Resumen de los principales contenidos de los Convenios de la OIT sobre protección de la maternidad.

CONVENIOS DE LA OIT SOBRE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD	
CONVENIO NÚMERO 3 (1919)	
Ámbito de aplicación	Sector industrial y comercial siempre que no tuviera carácter de empresa familiar.
Duración del descanso por maternidad	Seis semanas después de parto, pudiendo ampliarse a otras seis antes del mismo.
Duración del descanso por lactancia	Si amamanta a su hijo, tendrá derecho a dos descansos de media hora. No se establecía que dicho descanso fuera retribuido.
Prestaciones médicas	La mujer tendrá derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona.

¹⁸⁵ Igualmente véase BALLESTER PASTOR, M.A., “Pasado y presente de la protección de la maternidad en los convenios de la OIT y en España”, Revista Española de Desarrollo y Cooperación, 2014, págs. 75-87.

CONVENIOS DE LA OIT SOBRE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD	
Prestaciones económicas	Prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene.
Protección del empleo	Ilegalidad del despido de la mujer en permiso preparto o postparto.
Protección de la seguridad y salud laboral	No hay referencias.
CONVENIO NÚMERO 103 (1952)	
Ámbito de aplicación	Cualquier tipo de actividades incluidas las agrícolas y las llevadas a cabo en empresas familiares.
Duración del descanso por maternidad	Un periodo total de doce semanas que puede ser libremente distribuido conforme a lo establecido por el Estado. Seis semanas deben disfrutarse en el periodo inmediatamente posterior al parto. Los Estados pueden ofrecer descansos adicionales para los supuestos de enfermedad como consecuencia del embarazo.
Duración del descanso por lactancia	Se establece un derecho a pausas retribuidas por lactancia, durante uno o varios periodos. No se especifica la duración total de dicha interrupción. Será fijada por la legislación nacional.
Prestaciones médicas	Deberán comprender la asistencia durante el embarazo, el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico. Igualmente comprenderá la hospitalización, cuando ello fuere necesario, la libre elección del médico y la libre elección entre un hospital público o privado.
Prestaciones económicas	Son fijadas por la legislación nacional y deben ser suficientes para garantizar la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y un nivel de vida adecuado. No deberán representar menos de dos tercios de las ganancias anteriores tomadas en cuenta para computar las prestaciones.
Protección del empleo	Se establece la ilegalidad del despido producido durante los periodos de preparto, postparto, y enfermedad pre o postparto.
Protección de la seguridad y salud laboral	No hay referencias.
CONVENIO NÚMERO 183 (2000)	
Ámbito de aplicación	Se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente.
Duración del descanso por maternidad	Vendrá regulada por la legislación y prácticas nacionales y tendrá una duración mínima de catorce semanas, de las que seis se disfrutarán de forma obligatoria después del parto.

CONVENIOS DE LA OIT SOBRE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD	
Duración del descanso por lactancia	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo. ▪ Los requisitos y las modalidades de estas interrupciones y reducciones del trabajo, serán fijados por la legislación y la práctica nacionales.
Prestaciones médicas	Se deberán proporcionar prestaciones médicas a la madre y a su hijo, de acuerdo con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesario.
Prestaciones económicas	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Deberán establecerse en una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado. ▪ Cuando la legislación o la práctica nacionales prevean que las prestaciones deban fijarse con base en las ganancias anteriores, el monto de esas prestaciones no deberá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones.
Protección del empleo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se prohíbe el despido de la mujer embarazada, durante el descanso, o después de volver al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. ▪ Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.
Protección de la seguridad y salud laboral	Se deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.

TABLA 2.3. Resumen de los principales contenidos de las Recomendaciones de la OIT sobre protección de la maternidad.

RECOMENDACIONES DE LA OIT SOBRE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD	
RECOMENDACIÓN NÚMERO 95 (1952)¹⁸⁶	
Ámbito de aplicación	El mismo que se establece para el Convenio número 103.

¹⁸⁶ Sobre la interpretación y desarrollo del Convenio número 103.

RECOMENDACIONES DE LA OIT SOBRE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD	
Duración del descanso por maternidad	Debería prolongarse hasta las catorce semanas cuando sea necesario para la salud de la mujer, y siempre que sea posible.
Duración del descanso por lactancia	Siempre que sea posible, la pausa de lactancia debiera tener una duración total diaria de hora y media y deberían facilitarse instalaciones para la lactancia de los hijos, debidamente subvencionadas por la colectividad.
Prestaciones médicas	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Deberían tener por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales. ▪ Debería comprender: a) la asistencia médica general y la asistencia por especialistas en el hospital o fuera de él; b) la asistencia odontológica; c) la asistencia por una comadrona diplomada y otros servicios de maternidad; d) la asistencia por enfermeras; e) el mantenimiento; f) el suministro de artículos farmacéuticos, dentales u otros artículos médicos o quirúrgicos; y g) la asistencia prestada, bajo un control médico apropiado, por miembros de cualquier otra profesión a los que legalmente se considere competentes para proporcionar servicios vinculados a la asistencia de maternidad.
Prestaciones económicas	Siempre que sea posible, la tasa debería ser fijada en un 100 por ciento de las ganancias anteriores de la mujer que hayan sido tomadas en cuenta para computar las prestaciones.
Protección del empleo	Garantía de no extinción de su contrato de trabajo hasta un mes posterior al descanso por maternidad
Protección de la seguridad y salud laboral	<ul style="list-style-type: none"> ▪ El trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidos a las mujeres embarazadas o lactantes. ▪ El empleo de una mujer en trabajos considerados por la autoridad competente como peligrosos para su salud o la de su hijo debería estar prohibido durante el embarazo y durante tres meses, por lo menos, después del parto o durante más tiempo aún, si la mujer lacta a su hijo. ▪ En todo caso son trabajos peligrosos: a) trabajo penoso que obligue a levantar, tirar o empujar grandes pesos y que exija un esfuerzo físico excesivo; b) trabajo que requiera un equilibrio especial; c) trabajo en el que se empleen máquinas que produzcan trepidación.
RECOMENDACIÓN NÚMERO 191 (2000)¹⁸⁷	
Ámbito de aplicación	El mismo que se establece para el Convenio número 183.

¹⁸⁷ Sobre la interpretación y desarrollo del Convenio número 183.

RECOMENDACIONES DE LA OIT SOBRE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD	
Duración del descanso por maternidad	<p>Se debería:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Aumentar la duración de la licencia por maternidad a, al menos, dieciocho semanas. ▪ Prever una prolongación de la licencia de maternidad en el caso de nacimientos múltiples.
Duración del descanso por lactancia	<ul style="list-style-type: none"> ▪ El número y la duración de las interrupciones diarias para la lactancia deberían adaptarse a las necesidades particulares. ▪ Cuando sea posible, las interrupciones diarias para la lactancia deberían poder ser agrupadas en un solo lapso de tiempo para permitir una reducción de las horas de trabajo, al comienzo o al final de la jornada. ▪ Cuando sea posible, deberían adoptarse disposiciones para establecer instalaciones que permitan la lactancia en condiciones de higiene adecuadas en el lugar de trabajo o cerca del mismo.
Prestaciones médicas	<p>En la medida de lo posible, las prestaciones médicas deberían incluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ La asistencia de un médico de medicina general o de un especialista en su consultorio, a domicilio o en un hospital u otro establecimiento médico. ▪ La asistencia de maternidad de una comadrona diplomada o de otros servicios de maternidad a domicilio, o en un hospital u otro establecimiento médico. ▪ La estancia en un hospital u otro establecimiento médico. ▪ Todos los productos, farmacéuticos y médicos, exámenes y análisis necesarios prescritos por un médico u otra persona calificada. ▪ La asistencia odontológica y quirúrgica.
Prestaciones económicas	<p>Cuando sea posible, las prestaciones deberían elevarse a un monto igual a la totalidad de las ganancias anteriores o de las que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones.</p>
Protección del empleo	<p>La mujer debería tener derecho a ocupar el mismo puesto de trabajo o un puesto equivalente con la misma remuneración, al terminar la licencia por maternidad. Esta licencia debería considerarse como período de servicio a efectos de la determinación de sus derechos.</p>
Protección de la seguridad y salud laboral	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se deberían tomar medidas para garantizar la evaluación de todo riesgo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo. ▪ Entre las medidas que deberían adoptarse: 1) la eliminación del riesgo; 2) la adaptación de sus condiciones de trabajo; 3) el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, cuando dicha adaptación no sea posible, o; 4) una licencia remunerada otorgada de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, cuando dicho traslado no sea realizable. ▪ Una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos. ▪ La mujer debería conservar el derecho a reincorporarse a su trabajo o a un trabajo equivalente tan pronto como deje de encerrar un riesgo para su salud.

2.2.2. Otras normas y acuerdos internacionales

Para finalizar este epígrafe y dentro del bloque de normativa internacional, comentaremos dos documentos de carácter supranacional que han sido ratificados posteriormente por España. Nos referimos a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y a la Carta Social Europea (1961).

En primer lugar, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer fue aprobada en Nueva York en 1979 y ratificada por España en 1983¹⁸⁸. Se trata de un tratado internacional elaborado en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, tras años de trabajo y que tiene como finalidad esencial eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer, imponiendo a los estados reformas legales con tal fin y establecer un marco de debate en torno a la discriminación en el mundo.

El art. 11.2 de la Convención establece medidas antidiscriminatorias en diferentes ámbitos: licencia por maternidad, protección en el lugar de trabajo, protección del empleo y conciliación de la vida familiar y laboral, que pasamos a resumir:

- **Licencia por maternidad:** establece que se debe implantar la licencia por maternidad retribuida, aunque sin indicar la duración ni dar más detalles sobre como acceder a ella.
- **Protección en el lugar de trabajo:** precepto de carácter genérico que indica que, durante el embarazo a la mujer trabajadora se le debe “prestar protección especial”, en los trabajos considerados perjudiciales para ella. Se trata de un genérico deber de protección que no determina la forma en la que debe realizarse y bajo que condicionantes laborales se debe ejecutar.
- **Protección del empleo:** queda prohibido, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad.
- **Conciliación de la vida familiar y laboral:** propone que se adopten medidas para que los padres puedan combinar sus obligaciones familiares con las laborales, incidiendo en el incentivo de acciones para crear red de servicios destinados al cuidado de los menores. Se trata de un texto novedoso sobre un tema que actualmente tiene una enorme relevancia y repercusión en la sociedad en general y en el ámbito de las relaciones laborales en particular. No olvidemos que esta Convención data del año 1979 y no es hasta veinte años más tarde cuando en clave interna se regula de forma integral esta temática a través de la LCVFL.

¹⁸⁸ Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 («BOE» núm. 69, de 21/03/1984).

Continuando con esta Convención, debemos citar su Protocolo Facultativo, elaborado en 1999 y que tiene como objeto reconocer la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (sus siglas en inglés CEDAW) para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención¹⁸⁹. Fue ratificado por España en el año 2000 y tuvo su fecha de entrada en vigor el 06/10/2001¹⁹⁰.

A partir de esta ratificación, España reconoce la competencia del CEDAW y debe tomar en consideración sus dictámenes y resoluciones sobre comunicaciones concretas. En este sentido, cabría preguntarse hasta qué punto el Estado español ha acatado las recomendaciones planteadas por el CEDAW habida cuenta de los casos conocidos en los que el Consejo de Estado concluye que los dictámenes de este organismo no tienen carácter vinculante, ni son resoluciones judiciales. Sin embargo, hay que manifestar que nuestro ordenamiento jurídico interno no tiene mecanismos procedimentales que le otorguen la validez y eficacia necesaria a los dictámenes emanados del CEDAW¹⁹¹. Por lo que, en nuestra opinión, y dada la trascendencia de los derechos y deberes que se promulgan, en clave nacional, se deberían articular los medios para que el poder legislativo pudiera, de alguna forma prevista y amparada por la CE, legitimar los acuerdos que emanan del CEDAW y poder dotarlos de validez jurídica en el Estado español. En caso contrario, entendemos que carecería de sentido la ratificación efectuada por España en 1999 y que, por tanto, cabría plantearse la denuncia de esta Convención.

En segundo lugar, la Carta Social Europea (CSE) fue aprobada en Turín en 1961 y ratificada por España en 1980¹⁹², ampliándose y reforzándose el catálogo constitucional de derechos consagrados por el Título I de la CE¹⁹³ ¹⁹⁴. Se trata del Tratado Internacional más importante en cuanto a la protección de los derechos humanos sociales, estableciendo un nivel de protección más elevado que el de las

¹⁸⁹ Fecha de entrada en vigor: 22/12/2000.

¹⁹⁰ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999 («BOE» núm. 190, de 09/08/2001).

¹⁹¹ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El caso González Carreño contra España”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 37, 2015, pág. 15.

¹⁹² Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 («BOE» núm. 153, de 26/06/1980). Fecha de entrada en vigor en España: 05/06/1980.

¹⁹³ MILIONE, C., “¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la Carta Social Europea, revisada en 1996?: Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión”, *Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 2, núm. 2, 2012, pág. 120.

¹⁹⁴ Véase SALCEDO BELTRÁN, M.C., “Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2018, págs. 45-74.

normas estatales¹⁹⁵. Actualmente, existe una versión revisada de la CSE, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, que España ha ratificado en fecha de 17/05/2021^{196 197 198}.

En clave de protección de la maternidad, plantea como uno de los derechos esenciales, el que las trabajadoras tengan derecho a una protección especial en su trabajo. En este sentido, el art. 8 de la versión revisada, configura el derecho a la protección de las trabajadoras que se encuentran embarazadas o parto reciente con relación al descanso maternal, al despido y a la seguridad y salud laboral:

- **Permiso por maternidad:** establece un descanso retribuido –mediante vacaciones pagadas, prestaciones de la Seguridad Social o subsidios de fondos públicos– de catorce semanas de duración (mejorando la versión inicial que los fijaba en doce semanas), que podrá disfrutarse antes y después del parto.
- **Protección del empleo:** establece la ilegalidad del despido de la trabajadora desde la comunicación del embarazo al empleador hasta que finalice el permiso por maternidad o en una “fecha tal que el periodo de preaviso expire durante ese periodo”. La versión de 1961 se refería únicamente al despido durante el permiso por maternidad, sin abarcar el periodo de tiempo desde que la trabajadora comunica al empresario su estado, por lo que la revisión de 1996 amplía este ámbito temporal, suponiendo con ello una importante mejora.
- **Prevención de Riesgos Laborales:** por un lado, hay un compromiso de regular el trabajo nocturno de la mujer embarazada, en parto reciente o en el periodo de cuidado de menores; y por otro, impone su capacidad de prohibir los trabajos subterráneos en la minería y cualquier otro que entrañe riesgos para la mujer – durante los periodos citados– por su peligrosidad, penosidad o insalubridad.

¹⁹⁵ SALCEDO BELTRÁN, M.C., “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”, Trabajo y derecho, 2016, págs. 28 y 52.

¹⁹⁶ Ratificación publicada en «BOE» núm. 139, de 11 de junio de 2021. Esta Carta ha sido ratificado por 36 países, incluidos todos los del entorno más cercano a España. Destacan las ausencias de Dinamarca y Polonia. Sobre el retraso de la ratificación por parte de España, véase informe en MILIONE, C., “¿Es razonable que España...”, op. cit., págs. 113-132. Igualmente véase JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La Carta Social Europea (revisada): entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 17, 2009. Cabe precisar que el 1 de febrero de 2019, el Consejo de Ministros acordó la remisión a las Cortes Generales de la Carta Social Europea revisada, solicitando autorización para su ratificación (Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG) de 15/02/2019 Serie A: Actividades parlamentarias. Núm. 267). En fecha de 05/02/2020, el Gobierno, en respuesta a una pregunta parlamentaria efectuada por el Grupo de Ciudadanos, afirmaba que esta ratificación no se llegó a materializar porque se produjo la disolución de las Cámaras, efectuada mediante el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones.

¹⁹⁷ Sobre el retraso en la ratificación por parte de España, véase SALCEDO BELTRÁN, M.C., “Derechos sociales...”, op. cit., págs. 45-74. En este artículo, la autora consideraba “lamentable e inadmisibles que se siga sin incorporar el Tratado más importante en materia de derechos sociales, no habiendo ninguna justificación”. Asimismo, consideraba que “es el momento de evidenciar el interés en los derechos sociales y sus garantías”, criticando a su vez “la realidad de falsedades de los gobernantes, no sólo de los existentes actualmente, sino de todos los que ha habido desde el año 1996”.

¹⁹⁸ Véase Nota de prensa de fecha 17/05/2021 del MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, “España ratifica la Carta Social Europea Revisada”. Enlace: <https://bit.ly/3pTMcZy>.

En esencia, el art. 8 actual se centra en la protección de la maternidad de las mujeres trabajadoras y no en la protección de la población trabajadora femenina en general, como si establecía la CSE de 1961. De hecho, el Estado español denunció en 1991 el art. 8.4.b del texto original, que se refería a la prohibición del empleo femenino en general en los “trabajos subterráneos de minería y, en su caso, en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre”¹⁹⁹. Esta denuncia produjo cierta incongruencia, puesto que España ratificó en 1958 –y continuó en vigor– el Convenio número 45 de la OIT, sobre el trabajo subterráneo (mujeres), hasta su denuncia en el año 2008. En este convenio se establecía que “en los trabajos subterráneos de las minas no podrá estar empleada ninguna persona de sexo femenino, sea cual fuere su edad”, art. 2 del texto que, a todas luces era claramente discriminatorio y que atentaba contra el art. 14 CE.

Sobre la denuncia en cuestión, la doctrina ya consideró que “pese a su ratificación postconstitucional, la CSE en su art. 8.4.b debía ceder ante la prohibición de discriminación establecida en el art. 14 de la Constitución y, por ello debía posibilitarse desde 1978 el acceso de la mujer al trabajo en el interior de las minas”²⁰⁰. Es decir, a pesar de que España ratificó en 1980 la CSE de 1961, el art. 8.4.b no sería de aplicación puesto que iba en contra del principio de igualdad y no discriminación promulgado en la CE. Sin embargo, no fue hasta 1991 cuando se produjo la denuncia y un año más tarde así lo consideraba el TC en su sentencia 229/1992, ya comentada en epígrafes anteriores.

En cuanto al nivel de cumplimiento por parte del estado español, de los artículos relacionados con la PRL en general, el marco legal interno expresado a través de la LPRL y sus normas de desarrollo, superan el mínimo exigido tanto en la CSE de 1961 como en la revisada de 1996²⁰¹.

Sobre su eficacia, numerosos autores destacan la importancia de este texto social europeo que, sin embargo, ha tenido una repercusión y aceptación desigual entre los Estados miembros, por lo que su aplicabilidad se ve mermada en muchos aspectos. Buena prueba de ello es la escasa repercusión judicial que ha tenido en las resoluciones de los tribunales de justicia²⁰². En este sentido, se aprecia por los tribunales de justicia dificultades para poder aplicar directamente la CSE, de la que se desprenden compromisos y obligaciones internacionales de los Estados que la

¹⁹⁹ Denuncia por España del artículo 8 (4) (b) de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 y publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 26 de junio de 1980 («BOE» núm. 112, de 10 de mayo de 1991).

²⁰⁰ BALLESTER PASTOR, M.A., “Protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 84.

²⁰¹ BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., “Nivel de cumplimiento de la Carta Social Europea por parte del Estado Español, en materia de prevención de riesgos laborales, salud, Seguridad Social y protección social”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 137, 2018, pág. 361.

²⁰² Véase, por ejemplo, la STS de 14/05/2014.

ratifiquen, que se traducen en obligaciones para legislar en un determinado sentido, pero no establece reglas de derecho que deban aplicarse a los particulares²⁰³. Por ello, se deben establecer los medios para que esta CSE se incorpore a los sistemas constitucionales de los Estados miembros y al ordenamiento jurídico de la Unión Europea²⁰⁴. En definitiva, se trata de dotar de mayor protagonismo a este texto y de que se le otorgue la importancia debida por parte de las instituciones judiciales en general y el TJUE en particular²⁰⁵. Algunos autores ponen de manifiesto que no hay impedimentos que permitan exigir directamente en los órganos judiciales los derechos reconocidos en la CSE, por lo que entienden que se deben superar las dudas o recelos en su aplicación por los tribunales, entendiendo que son compatibles los diferentes niveles de protección entre las normas que forman parte del ordenamiento interno²⁰⁶.

2.3. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO. LA TRANSPOSICIÓN DE NORMAS EUROPEAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Desde comienzos de la década de 1980, las instituciones comunitarias elaboraron e implantaron numerosas normas relacionadas con la seguridad y salud de los trabajadores, centradas en diferentes ámbitos de actuación. Así, por ejemplo, se publicó la Directiva 80/1107/CEE del Consejo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo²⁰⁷; la Directiva 82/605/CEE del Consejo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con una exposición al plomo metálico y a sus compuestos iónicos durante el trabajo²⁰⁸; o la Directiva 83/477/CEE del Consejo, de 19 de septiembre de 1983, sobre la protección de los

²⁰³ STSJ de Cataluña de 22/06/2015.

²⁰⁴ No olvidemos que el Tratado de la Unión Europea establece en su preámbulo la adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea (Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. «DOUE» de 07/06/2016).

²⁰⁵ JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La Carta Social Europea...”, op. cit.

²⁰⁶ Por todos, SALCEDO BELTRÁN, M.C., “La aplicabilidad directa...”, op. cit., págs. 34 y 52; y GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 137, 2018, pág. 72. El autor realiza un interesante y completo análisis sobre la CSE y su evolución desde su origen hasta 2018.

²⁰⁷ Directiva de 27/11/1980, publicada en el «DOCE» de 03/12/1980. Derogada por la Directiva 98/24/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo (decimocuarta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

²⁰⁸ Directiva de 28/07/1982, publicada en «DOCE» de 23/08/1982. Derogada por la Directiva 98/24/CE, ya citada.

trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo²⁰⁹.

A pesar de este compromiso institucional con la seguridad y salud laboral, no fue hasta 1989²¹⁰ cuando se aprobó la primera norma que afrontaba de forma transversal e integral la seguridad y salud en el trabajo, la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, también llamada “Directiva marco”²¹¹. Se trata de la norma que contiene el marco jurídico general en el que opera la política comunitaria de PRL, garantizando unos requisitos mínimos en toda Europa y, al mismo tiempo, permitiendo a los Estados miembros mantener esos mínimos o establecer medidas más restrictivas²¹².

De acuerdo a esta Directiva, los Estados miembros tenían la obligación de transponerla a sus correspondientes ordenamientos jurídicos internos antes del 31/12/1992, hecho que no sucedió en España. Si bien, es cierto que durante meses se estuvo trabajando y negociando –gobierno, sindicatos y patronal– sobre la base de un documento del que se derivó el llamado Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1992, texto que finalmente no se tramitó en las Cortes Generales, a pesar incluso del Dictamen favorable del Consejo de Estado²¹³.

Tras este primer intento de transposición, en 1994 se elabora un nuevo Anteproyecto de Ley, que después de los dictámenes preceptivos del Consejo de Estado²¹⁴, del Consejo Económico y Social (CES)²¹⁵ y del Consejo General del Poder

²⁰⁹ Directiva de 19/09/1983, publicada en «DOCE» de 24/09/1983. Derogada por la Directiva 2009/148/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo.

²¹⁰ En este sentido, SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 36, explica que la normativa comunitaria en materia de prevención, toma impulso a partir de la modificación en 1987 del Tratado constitutivo de la CEE por el Acta Única Europea.

²¹¹ «DOCE» de 29/06/1989. Esta Directiva tuvo su origen en la Comunicación COM (1988) 73 final, sobre propuesta de Directiva del Consejo referente a la aplicación de medidas dirigidas a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo.

²¹² Exposición de motivos de la LPRL y Directiva marco.

²¹³ CONSEJO DE ESTADO, “Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, 31 de marzo de 1992 (Número de expediente: 105/1992 (Trabajo y Seguridad Social)). Enlace: <https://bit.ly/2SxSyGh>. Concluía que, “una vez tenida en cuenta la observación contenida en el cuerpo del presente dictamen (...) y consideradas las restantes, puede V.E. elevar al Consejo de Ministros, para su aprobación, el anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales”.

²¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, “Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales de fecha 15/12/1994” (Número de expediente: 1970/1992 (Trabajo y Seguridad Social)), en el que se emitió valoración positiva para su elevación al Consejo de Ministros en fecha 16/12/1994.

²¹⁵ Dictamen 8/94 sobre el Anteproyecto de Ley de Prevención de los Riesgos Laborales, de 19/10/1994, en el que el CES, presidido entonces por el Dr. Federico Durán López, valoró positivamente el “intento del legislador de configurar una norma básica en materia de protección de la seguridad y salud de los trabajadores”, estimando positiva la regulación del Anteproyecto (pág. 28).

Judicial, finalmente se produce su tramitación parlamentaria, con el resultado de la aprobación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) el 08/11/1995²¹⁶.

Por tanto, la Directiva marco –entre otras– fue el origen de la LPRL, por la que se transponía al Ordenamiento Jurídico español la norma europea de 1989. Con una simple revisión del texto europeo en comparación con la norma interna, podemos detectar la gran semejanza de ambas normas, con textos –en algunas ocasiones– idénticos en cuanto a su redacción (por citar algunos ejemplos, en el art. 15 LPRL, se transcriben de forma literal los principios de la acción preventiva que se recogieron previamente en el art. 6 de la Directiva marco; o en el art. 19 LPRL, se establece la formación preventiva, texto muy similar al que previamente se había aprobado en el art. 12 de la Directiva marco).

El contenido de la Directiva nos permite apreciar que el articulado regula los aspectos relacionados con la seguridad y salud en el trabajo desde un prisma muy genérico, es decir, como decíamos anteriormente establece el marco general de la prevención, la política preventiva de la Unión Europea, sin tener un alcance directo concreto, dejando su aplicación práctica a las legislaciones y/o prácticas nacionales. A la misma conclusión se llega con relación a la protección de la maternidad, que el texto ni siquiera la nombra, pero que, sin embargo, se menciona de forma indirecta a través del art. 15, que establece que “los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica”, sin más matices dirigidos a ningún colectivo específico. Entendemos que las trabajadoras objeto de este estudio, si estarían dentro de este colectivo, puesto que los riesgos derivados del trabajo les pueden afectar en mayor medida con relación a la población trabajadora en general²¹⁷. En cualquier caso, desde la propia norma se establece en su art. 16.1 que se adoptarán “directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo”^{218 219}.

²¹⁶ Efectuada la votación en Pleno del Congreso de los Diputados, dio el siguiente resultado: votos emitidos, 310; a favor, 293; abstenciones, 17 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 178, de 19/10/1995, pág. 9447).

²¹⁷ En el mismo sentido, SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 37.

²¹⁸ Los ámbitos que cita son: lugares de trabajo; equipos de trabajo; equipos de protección individual; trabajos con equipos provistos de pantalla de visualización; manipulación de cargas pesadas que entrañe riesgos lumbares; obras temporales y móviles; y pesca y agricultura.

²¹⁹ Sobre la implantación de esta Directiva en los diferentes Estados miembros, véase “Comunicación COM (2004) 62 final, de 05/02/2004. Sobre la aplicación práctica de las disposiciones de las Directivas de salud y seguridad en el trabajo 89/31(Directiva marco), 89/654 (Lugares de trabajo), 89/655 (Equipos de trabajo), 89/656 (Equipos de protección individual), 90/269 (Manipulación manual de cargas) y 90/270 (Pantallas de visualización)”.

En la Tabla 2.4, se relacionan las directivas específicas que se han aprobado hasta el momento y que se encuentran vigentes²²⁰.

TABLA 2.4. Directivas específicas aprobadas al amparo del art. 16.1 de la Directiva marco.

DIRECTIVA Y FECHA	CONTENIDOS QUE REGULA
Primera directiva («DOCE» de 30/12/1989)	Directiva 89/654/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo .
Segunda directiva («DOUE» de 03/10/2009)	Directiva 2009/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo .
Tercera directiva («DOCE» de 30/12/1989)	Directiva 89/656/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual .
Cuarta directiva («DOCE» de 21/06/1990)	Directiva 90/269/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores.
Quinta directiva («DOCE» de 21/06/1990)	Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización .
Sexta directiva («DOUE» de 30/04/2004)	Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo ²²¹ .

²²⁰ Sobre las directivas específicas y su transposición al ordenamiento jurídico español, véase GÓMEZ CABALLERO, P., “La seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, 2015, págs. 161-194.

²²¹ Fue modificada por la Directiva (UE) 2017/2398 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017 y por la Directiva (UE) 2019/983 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo. En este sentido, véase IGARTUA MIRÓ, M.T., “Directiva (UE) 2017/2398 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2018, núm. 425-426, págs. 136-137, en el que trata los riesgos para la reproducción, analizando las posibilidades de la Comisión para incluir, en el primer trimestre de 2019, los agentes tóxicos para la reproducción.

DIRECTIVA Y FECHA	CONTENIDOS QUE REGULA
<p>Séptima directiva («DOCE» de 17/10/2000)</p>	<p>Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.</p>
<p>Octava directiva («DOCE» de 26/08/1992)</p>	<p>Directiva 92/57/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles.</p>
<p>Novena directiva («DOCE» de 26/08/1992)</p>	<p>Directiva 92/58/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y de salud en el trabajo.</p>
<p>Décima directiva («DOCE» de 28/11/1992)</p>	<p>Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, 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 período de lactancia.</p>
<p>Undécima directiva («DOCE» de 28/11/1992)</p>	<p>Directiva 92/91/CEE del Consejo, de 3 de noviembre de 1992, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y de salud de los trabajadores de las industrias extractivas por sondeos.</p>
<p>Duodécima directiva («DOCE» de 31/12/1992)</p>	<p>Directiva 92/104/CEE del Consejo, de 3 de diciembre de 1992, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y de salud de los trabajadores de las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas.</p>
<p>Decimotercera directiva («DOCE» de 31/12/1993)</p>	<p>Directiva 93/103/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca.</p>
<p>Decimocuarta directiva («DOCE» de 05/05/1998)</p>	<p>Directiva 98/24/CE del Consejo de 7 de abril de 1998 relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo²²².</p>
<p>Decimoquinta directiva («DOCE» de 28/01/2000)</p>	<p>Directiva 1999/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1999, relativa a las disposiciones mínimas para la mejora de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas.</p>

²²² Para un estudio más en profundidad de esta norma, véase la Directiva 2000/39/CE de la Comisión, de 8 de junio de 2000, por la que se establece una primera lista de valores límite de exposición profesional indicativos en aplicación de la Directiva 98/24/CE («DOCE» núm. 142, de 16/06/2000).

DIRECTIVA Y FECHA	CONTENIDOS QUE REGULA
Decimosexta directiva («DOCE» de 06/07/2002)	Directiva 2002/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (vibraciones) .
Decimoséptima directiva («DOUE» de 15/02/2003)	Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero de 2003, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido) .
Decimooctava directiva («DOUE» de 30/04/2004)	Directiva 2004/40/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (campos electromagnéticos) ²²³ .
Decimonovena directiva («DOUE» de 27/04/2006)	Directiva 2006/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a riesgos derivados de los agentes físicos (radiaciones ópticas artificiales) .
Vigésima directiva («DOUE» de 29/06/2013)	Directiva 2013/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos) .

2.3.1. La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992

De acuerdo a la Tabla 2.4 y con relación a la protección de la mujer trabajadora embarazada o en período de lactancia, se aprobó la que en nuestra opinión es, la primera y más importante norma europea sobre la protección de la maternidad en el lugar de trabajo: la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, 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 período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)^{224 225}.

²²³ Derogada por la Directiva 2013/35/UE.

²²⁴ «DOCE» núm. L 348 de 28/11/1992.

²²⁵ Para un análisis de la Directiva 92/85/CEE, bajo el prisma de la igualdad de género en el mercado laboral, véase ETULAIN GÓMEZ, S., "A duty of both: revising eu's legal framework on maternity, paternity and parental leave for effective gender equality in employment", IUSLabor, 3/2017, págs. 249-276.

Esta norma surge como consecuencia del Programa de Acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores, en el que se justificaba que a pesar de que la UE había regulado mediante directivas concretas la seguridad y salud de las mujeres trabajadoras en el contexto general de la protección de los trabajadores (por ejemplo con normas relacionadas con el ruido, asbesto, plomo, radiaciones ionizantes, etc.), éstas resultaban ser claramente insuficientes para resolver los problemas específicos de las trabajadoras embarazadas²²⁶. Por ello, este programa planteaba que el Consejo debía adoptar una directiva específica sobre protección en el trabajo de la mujer embarazada²²⁷. Como novedad, la Directiva se centra en el abandono del paternalismo, es decir, la protección de la trabajadora no se produce por su condición de mujer, sino por el hecho del embarazo, parto reciente o lactancia²²⁸. Asimismo, se recogía por primera vez en una misma norma, toda la problemática jurídica que había en torno a la protección de la maternidad en sus diferentes vertientes²²⁹.

La norma, que va dirigida 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 período de lactancia (art. 1.1), presenta un conjunto normativo de protección integral, desde diferentes enfoques de estudio, pero con único objetivo, la protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo. Fue la primera norma que realizaba un tratamiento unitario en el Derecho europeo derivado de toda la problemática en torno a la protección de la maternidad de la trabajadora. Es una de las directivas que más actividad jurisprudencial ha generado, tanto por su volumen e intensidad, como por su trascendencia a lo largo de los años²³⁰.

Sobre su configuración, en primer lugar, la Directiva contempla la perspectiva de la tutela preventiva, contractual y social, englobando aspectos de protección de la salud, de defensa de los derechos asociados al contrato de trabajo y de prestaciones por maternidad y lactancia natural²³¹. En segundo lugar, entendemos que esta

²²⁶ Comunicación COM (89) 568 final de la Comisión, sobre el Programa de Acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores (29/11/1989), págs. 36-37.

²²⁷ Exposición de motivos de la Directiva 92/85/CEE.

²²⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F., "El derecho fundamental a la igualdad...", op. cit., págs. 349-350.

²²⁹ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., "La protección jurídica por maternidad, adopción o acogimiento", en AA.VV., "Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas", Dykinson, Madrid, 2008, pág. 25. Referenciado en MIRANDA BOTO, J.M., "La Directiva 92/85/CEE como instrumento fundamental de protección de la mujer embarazada: jurisprudencia reciente", en AA.VV., "Mujer, trabajo y Seguridad Social", La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2010, págs. 715-716.

²³⁰ MIRANDA BOTO, J.M., "La Directiva 92/85/CEE: una norma clásica de perenne actualidad", en CABEZA PEREIRO, J.; FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., "Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos", Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 136.

²³¹ NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., "Políticas de tutela...", op. cit., pág. 17.

Directiva debe igualmente ser observada desde una perspectiva de género y de la efectividad del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo, como queda patente por su conexión con directivas relacionadas con la materia, como la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; o la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE²³², que establece las disposiciones mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos²³³. Y, en tercer lugar, nos encontramos con el enfoque de conciliación-corresponsabilidad, configurado a través del derecho de ausencia para el cuidado del recién nacido, superando en duración al descanso por maternidad, de 14 semanas²³⁴.

Sobre el derecho a la no discriminación, se manifestó el TC a través de su STC 92/2008, de 21 de julio, en la que se determinó que “la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (...), por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos: (...) el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, (...) que constituye particularmente el fundamento de la regulación establecida en la Directiva 92/85/CEE”.

Centrándonos en el contenido de la Directiva 92/85/CEE y en conexión con los asuntos tratados en este *Capítulo*, analizamos de forma esquemática y breve los siguientes, clasificándolos en dos bloques: A) *Ámbito de aplicación y definiciones*; y B) *Contenidos relacionados con la PRL*^{235 236}:

²³² Será derogada con fecha de efectos de 2 de agosto de 2022, por la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

²³³ Véase comentario al respecto de BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo”, Ediciones Laborum, Murcia, 2016, págs. 19-20. Opinión que comparten entre otros LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., pág. 350; y NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., “Políticas de tutela...”, op. cit., pág. 19.

²³⁴ BALLESTER PASTOR, M. A., “Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea”, en CABEZA PEREIRO, J.; FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 25-26.

²³⁵ Véase GÓMEZ CABALLERO, P., “La seguridad y salud...”, op. cit. págs. 187-193.

²³⁶ Sobre el resto de contenidos de esta Directiva que forman parte del objeto de este trabajo (Protección laboral de la maternidad), nos remitimos a lo desarrollado en el *Capítulo 3*.

A) **Ámbito de aplicación y definiciones.**

- **Objeto y ámbito de aplicación (art. 1):** el objeto de esta Directiva es 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 período de lactancia”. Asimismo, cita el ámbito de aplicación de la Directiva 89/391 para referirse a los sectores a los que afecta, a saber: “todos los sectores de actividades, públicas o privadas (actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.)”.
- **Definiciones (art. 2):** son esenciales para definir el ámbito de actuación personal en cuanto a la *trabajadora embarazada*, *trabajadora que ha dado a luz* y *trabajadora en período de lactancia*. Estas definiciones –ya valoradas en la *Introducción y cuestiones generales* de este estudio– tienen varios elementos comunes: en primer lugar, la comunicación de su estado biológico al empresario, es la clave para determinar si la trabajadora se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la norma. Como puede observarse en el epígrafe 2.6 de este *Capítulo*, se trata de un acto de suma trascendencia, puesto que las consecuencias del mismo superan al ámbito de actuación de la trabajadora. Igualmente, se analiza el grado de obligatoriedad del mismo con respecto al empresario.

La mayoría de los Estados miembros no definen el concepto de trabajadora embarazada ni en período de lactancia, salvo alguna excepción como Luxemburgo, que la define como “aquella que se encuentra en tal estado e informa de ello a la empresa mediante certificado médico enviado por correo certificado”. Igualmente, la mayor parte de los Estados miembros requiere que la trabajadora informe a la empresa de su estado biológico. En España, –como veremos más adelante– la trabajadora cuya empresa tiene constancia de su embarazo, aun cuando no se le haya informado oficialmente al respecto, queda automáticamente al amparo de la normativa de maternidad²³⁷.

En segundo lugar, se refiere a la trabajadora en sentido amplio, es decir, entendemos que están incluidos todos los puestos de trabajo y sectores de actividad, sin limitación alguna²³⁸. Incluso pueden considerarse incluidas las trabajadoras del sector público, como así lo reconoce el propio TJUE, con su Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Segunda) de 17/07/2012 –BG/Defensor del Pueblo Europeo–, en la que determina que está prohibido despedir a una trabajadora embarazada durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y la finalización de la baja de maternidad.

²³⁷ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación COM (1999) 100 final, de 15/03/1999. Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, 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 período de lactancia”, págs. 6-7.

²³⁸ En el mismo sentido, SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 38.

Sin embargo, las trabajadoras al servicio del hogar familiar, se encuentran excluidas de la Directiva 92/85, puesto que no se incluyen en el concepto de trabajador regulado en el art. 3.ª de la Directiva marco, plenamente aplicable en la Directiva de protección de la maternidad. Conviene señalar que el Parlamento Europeo propuso en 2010 modificar el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE para incluir a las trabajadoras del servicio doméstico en su ámbito de aplicación, propuesta que no llegó a materializarse²³⁹.

Sobre las causas de tal exclusión, la doctrina científica aboga porque las razones tienen su origen en que el titular del hogar no es empresario y que, por tanto, se intentarían evitar “los inconvenientes y gravámenes económicos que la protección del trabajador pudiese acarrear para aquél”, así como “las dificultades de control por la Inspección del cumplimiento de sus obligaciones, al tener que respetarse el derecho a la inviolabilidad del domicilio”²⁴⁰. A nivel interno, es preciso poner de manifiesto que la prestación por riesgo durante el embarazo se le reconoce a toda trabajadora, con independencia del régimen en el que se encuadre²⁴¹.

En el mismo sentido, las trabajadoras autónomas estarían excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva, recordemos que el art. 3.ª de la Directiva marco determina que será trabajador “cualquier persona empleada por un empresario”, por lo que se entienden excluidos los trabajadores autónomos. Ello no significa que la maternidad de las trabajadoras autónomas no encuentre protección en el ámbito comunitario, puesto que así lo regula la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

B) Contenidos relacionados con la Prevención de Riesgos Laborales.

- **Evaluación de riesgos laborales (art. 4)**²⁴²: se deberán evaluar –de forma particular– los riesgos laborales específicos a los que pueda estar expuesta la trabajadora y que puedan originarse como consecuencia de actividades laborales que impliquen la presencia de los agentes, procedimientos y condiciones de

²³⁹ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2010, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, 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 período de lactancia (COM (2008)0637 – C6-0340/2008 – 2008/0193(COD)), págs. 10-11.

²⁴⁰ Por todos, BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., pág. 31.

²⁴¹ Art. 32 del Real Decreto 295/2009.

²⁴² Precepto que se torna esencial, pues la doctrina más reciente del TS sobre la evaluación de los riesgos laborales que afectan a la maternidad de manera específica, gira en torno al cumplimiento expreso de este artículo. Véase epígrafe de este estudio sobre la importancia de la evaluación de los riesgos laborales.

trabajo que figuran en el Anexo I de la Directiva. A tal efecto, se deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición, al objeto de:

- Detectar y evaluar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras.
- Determinar las medidas preventivas que deberán planificarse e implantarse.
- Comunicar a la trabajadora los riesgos a los que se encuentre expuesta y las medidas preventivas que se adopten.

Sobre esta evaluación, la mayoría de los Estados miembros han elaborado normas que obligan a evaluar los riesgos de los trabajadores, modificando sus normas para atender a las necesidades concretas de las trabajadoras embarazadas, todo ello teniendo en cuenta la lista del Anexo I²⁴³.

En la Tabla 2.5 se relaciona el contenido del Anexo I de la Directiva 92/85/CEE, incluyéndose los contenidos concretos de otras directivas que se mencionan.

TABLA 2.5. Directiva 92/85/CEE (Anexo I completado con otras directivas de aplicación).

LISTA NO EXHAUSTIVA DE AGENTES, PROCEDIMIENTOS Y CONDICIONES DE TRABAJO	
A. Agentes	
Agentes físicos	Cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales y/o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular: <ol style="list-style-type: none"> a) Choques, vibraciones o movimientos. b) Manutención manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares. c) Ruido. d) Radiaciones ionizantes. e) Radiaciones no ionizantes. f) Frío y calor extremos. g) Movimientos y posturas, desplazamientos (tanto en el interior como en el exterior del establecimiento), fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora a que se refiere el artículo 2.

²⁴³ Comunicación COM (1999) 100 final, de 15/03/1999, op. cit., pág. 8.

LISTA NO EXHAUSTIVA DE AGENTES, PROCEDIMIENTOS Y CONDICIONES DE TRABAJO	
Agentes biológicos	<p>Agentes biológicos de los grupos de riesgo 2, 3 y 4 (especificados en la Directiva 2000/54/CE), en la medida en que sea conocido que dichos agentes o las medidas terapéuticas que necesariamente traen consigo ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido, y siempre que no figuren todavía en el anexo II. Son los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>Agente biológico del grupo 2</u>: un agente patógeno que pueda causar una enfermedad en el hombre y pueda suponer un peligro para los trabajadores; es poco probable que se propague a la colectividad; existen generalmente una profilaxis o un tratamiento eficaces. 2. <u>Agente biológico del grupo 3</u>: un agente patógeno que pueda causar una enfermedad grave en el hombre y presente un serio peligro para los trabajadores; existe el riesgo de que se propague en la colectividad, pero existen generalmente una profilaxis o un tratamiento eficaces. 3. <u>Agente biológico del grupo 4</u>: un agente patógeno que pueda causar una enfermedad grave en el hombre y suponga un serio peligro para los trabajadores; existen muchas probabilidades de que se propague en la colectividad; no existen generalmente una profilaxis o un tratamiento eficaces.
Agentes químicos	<p>Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido y siempre que no figuren en el Anexo II:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) sustancias y mezclas que cumplan los criterios de clasificación de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en al menos una de las siguientes clases y categorías de peligro con al menos una de las siguientes indicaciones de peligro, siempre que no figuren todavía en el anexo II: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Mutagenicidad en células germinales, categorías 1A, 1B o 2 (H340, H341). ▪ Carcinogenicidad, categorías 1A, 1B o 2 (H350, H350i, H351). ▪ Toxicidad para la reproducción, categorías 1A, 1B o 2, o la categoría adicional para efectos sobre la lactancia o a través de ella (H360, H360D, H360FD, H360Fd, H360Df, H361, H361d, H361fd, H362). ▪ Toxicidad específica para determinados órganos tras exposición única, categoría 1 o 2 (H370, H371). b) Los agentes químicos que figuran en el anexo I de la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. A saber: 1) auramina; 2) hidrocarburos aromáticos policíclicos presentes en el hollín, el alquitrán o la brea de hulla; 3) polvo, humo o nieblas producidas durante la calcinación y el afinado eléctrico de las matas de níquel; 4) ácidos fuertes en la fabricación de alcohol isopropílico; 5) serrines de maderas duras; y 6) polvo respirable de sílice cristalina generado en un proceso de trabajo²⁴⁴. c) Mercurio y derivados. d) Medicamentos antimetabólicos. e) Monóxido de carbono.

²⁴⁴ Éste último, fue introducido por la Directiva (UE) 2017/2398 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo.

LISTA NO EXHAUSTIVA DE AGENTES, PROCEDIMIENTOS Y CONDICIONES DE TRABAJO	
	f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal.
B. Procedimientos	
Procedimientos industriales que figuran en el anexo I de la Directiva 2004/37/CE.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Fabricación de auramina. 2. Trabajos que supongan exposición a hidrocarburos aromáticos policíclicos presentes en el hollín, el alquitrán o la brea de hulla. 3. Trabajos que supongan exposición al polvo, al humo o a las nieblas producidas durante la calcinación y el afinado eléctrico de las matas de níquel. 4. Procedimiento con ácido fuerte en la fabricación de alcohol isopropílico. 5. Trabajos que supongan exposición a serrines de maderas duras. 6. Trabajos que supongan exposición al polvo respirable de sílice cristalina generado en un proceso de trabajo²⁴⁵.
C. Condiciones de trabajo	
Trabajos de minería subterráneos.	

- **Medidas preventivas específicas (art.5):** tras la evaluación de los riesgos, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición de la trabajadora a los mismos, mediante:
 - La adaptación provisional de las condiciones y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.
 - Si la adaptación no fuera posible técnica u objetivamente, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para cambiar de puesto de trabajo a la trabajadora.
 - Si el cambio no fuera posible técnica u objetivamente, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, se eximirá a la trabajadora de realizar su trabajo, mientras dure la situación de riesgo.
- **Prohibiciones de exposición (art. 6):** se establecen las siguientes prohibiciones en el trabajo:
 - La trabajadora embarazada no podrá ser obligada a realizar actividades que puedan poner en peligro su seguridad y salud cuando, de acuerdo a la evaluación de riesgos, suponga una exposición a los agentes y condiciones de trabajo determinados en el Anexo II, sección A (Tabla 2.6).
 - La trabajadora en período de lactancia no podrá ser obligada a realizar actividades que puedan poner en peligro su seguridad y salud cuando, de

²⁴⁵ Éste último, fue introducido igualmente por la Directiva (UE) 2017/2398.

acuerdo a la evaluación de riesgos, suponga una exposición a los agentes y condiciones de trabajo determinados en el Anexo II, sección B (Tabla 2.6). A diferencia del Anexo I, la sola presencia de estos agentes o condiciones de trabajo, representa un riesgo para la trabajadora debido a su peligrosidad intrínseca²⁴⁶.

TABLA 2.6. Directiva 92/85/CEE (Anexo II).

LISTA NO EXHAUSTIVA DE AGENTES Y CONDICIONES DE TRABAJO		
A. Trabajadoras embarazadas		
Agentes	Agentes físicos	Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo, en locales a presión, submarinismo.
	Agentes biológicos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Toxoplasma. ▪ Virus de la rubéola. Salvo si existen pruebas de que la trabajadora embarazada está suficientemente protegida contra estos agentes por su estado de inmunización.
	Agentes químicos	Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.
Condiciones de trabajo		Trabajos de minería subterráneos.
B. Trabajadoras en período de lactancia		
Agentes	Agentes químicos	Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.
Condiciones de trabajo		Trabajos de minería subterráneos.

En el supuesto que una trabajadora quede embarazada o comience el período de lactancia y esté desarrollando una actividad prohibida de acuerdo a este artículo, se deberán implantar las medidas establecidas en el mismo precepto *mutatis mutandis*, es decir, cambiando lo que se debió haber cambiado. En este caso, la trabajadora debe informar previamente al empresario para que se adopten las medidas oportunas.

- **Trabajo nocturno (art. 7):** las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia no pueden ser obligadas a realizar trabajos nocturnos cuando pueda verse afectada su seguridad y salud, siempre que así lo certifique un médico. A tal efecto, los Estados miembros deberán promover medidas para evitar que trabajen en estas circunstancias, entre las que se pueden encontrar:
 - Cambio a un puesto de trabajo con turno diurno.

²⁴⁶ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; "La protección de la maternidad...", op. cit., pág. 42.

- Eximir de trabajo, o prolongar el permiso de maternidad cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados.

Este contenido va en consonancia con el principio fundamental de igualdad de trato, que permite a mujeres y hombres trabajar en igualdad de condiciones. Es decir, si el trabajo nocturno no se prohíbe para los hombres, tampoco se podrá prohibir para las mujeres, puesto que, en caso contrario, “podría convertirse en una excusa para apartar a las mujeres del mercado de trabajo y discriminarlas directa o indirectamente como trabajadoras”²⁴⁷. Sin embargo, las trabajadoras embarazadas, que han dado recientemente a luz o que están en período de lactancia constituyen categorías de mujeres que precisan un trato especial, en tanto que su salud o la de su feto o hijo puede verse perjudicada por realizar trabajos en horario nocturno.

Igualmente, tampoco se puede prohibir como norma general, el trabajo nocturno de las mujeres que se encuentren en alguno de los estados biológicos que hemos mencionado, puesto que sería contrario al principio general de igualdad de trato en cuanto a las condiciones de trabajo y a la no discriminación por razón de sexo. Frente a este tipo de actuaciones de algunos Estados miembros, la Comisión estima que son contrarias a la Directiva y ha iniciado procedimientos de infracción en la materia²⁴⁸.

En cuanto a la transposición de la Directiva 92/85/CEE, la propia norma determina que el plazo que tienen los Estados miembros para incorporarla a los correspondientes ordenamientos jurídicos internos es de dos años a contar desde su aprobación, es decir, hasta el 19/10/1994. En España, parte de esta transposición se produjo en plazo a través del art. 26 LPRL. Sin embargo, hubo determinados aspectos que no se transpusieron hasta 2009, fecha en la que se aprobó el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), en relación con 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 período de lactancia²⁴⁹. Concretamente, se produjo la transposición de los anexos de la Directiva 92/85/CEE ya mencionados en párrafos anteriores^{250 251}.

²⁴⁷ BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., pág. 21.

²⁴⁸ Comunicación COM (1999) 100 final, de 15/03/1999, op. cit., pág. 8.

²⁴⁹ «BOE» núm. 57 de 07/03/2009.

²⁵⁰ Véase crítica que realiza GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Evaluación de riesgos laborales y maternidad: el RD 298/2009, de 6 de marzo, o el peligroso hábito normativo de transposición «por entregas»”, Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, 2009, págs. 631-632. Acusa de “pasividad” al legislador español y de “indolencia reglamentaria” a los sucesivos gobiernos, calificando su actuación como “temeraria”. La falta de transposición en tiempo y forma de estos anexos, “ha consentido la exposición forzosa de las trabajadoras embarazadas y lactantes a agentes y condiciones de trabajo a las que, en ningún caso, pueden verse obligadas a

Por último, nos referimos a la actualización de esta Directiva, propuesta que ya se incluyó en el Programa de trabajo de la Comisión para 2008²⁵². Así, se planteó como iniciativa prioritaria la modificación del texto vigente al objeto de mejorar la protección en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia²⁵³. Para ello, la Comisión elaboró una propuesta de modificación de la Directiva que, entre otros: 1) ampliaba la duración mínima del permiso de maternidad, pasando de catorce a dieciocho semanas, siendo seis obligatorias postparto y permitiendo a la mujer elegir cuando disfruta el resto^{254 255}; 2) establecía un permiso adicional en caso de partos múltiples o prematuros, bebés hospitalizados o niños discapacitados; 3) la prestación económica se consideraría adecuada cuando se garantizaran unos ingresos equivalentes, como mínimo, al último salario mensual o a un salario mensual medio, no tomando como referencia los ingresos que la trabajadora percibiría en caso de incapacidad por motivos de salud (que en muchos casos no alcanzaría el 100%), como así establecía la Directiva²⁵⁶; 4) cuando la trabajadora regrese a su puesto de trabajo tras el permiso por maternidad, podrá beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia (Texto que ya incluye la Directiva 2006/54/CE); y 5) la trabajadora podría solicitar al empresario que adaptase sus modalidades de trabajo y su horario, y el empleador estaría obligado a tener en cuenta dicha petición, teniendo presentes las necesidades del mismo y de la trabajadora²⁵⁷.

exponerse". LOUSADA AROCHENA, J.F., "El riesgo durante el embarazo (I)", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2001, pág. 562, se refiere a una defectuosa transposición.

²⁵¹ Sobre la transposición pendiente de esta norma, véase BALLESTER PASTOR, M.A., "La transposición pendiente en el ordenamiento español de la Directiva 92/85 de protección de la maternidad (lo que significa prevenir)" *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. Extra 1, 2019, págs. 189-222.

²⁵² Comunicación COM (2007) 640 final, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 23/10/2007, sobre el Programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2008, pág. 30.

²⁵³ Comunicación COM (2008) 637 final de la Comisión, de 3 de octubre de 2008, sobre propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, 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 período de lactancia.

²⁵⁴ "Un permiso más largo tendrá un impacto positivo en la salud de la madre. Ayudará a las mujeres a recuperarse del parto y a crear una relación sólida con el niño. Además, es más fácil que las mujeres vuelvan al trabajo cuando el niño es mayor y, por lo tanto, podría incitar a mujeres a recurrir menos al permiso parental. Un permiso más largo y la consolidación de los derechos de las mujeres al volver del permiso de maternidad también contribuirán a garantizar la igualdad entre mujeres y hombres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y el trato en el trabajo" (Comunicación COM (2008) 637 final de la Comisión, op. cit., pág. 6).

²⁵⁵ Periodo de tiempo que va en consonancia con la Recomendación número 191 de la OIT (2000).

²⁵⁶ "Un aumento de la remuneración durante el permiso de maternidad permite que las mujeres en cuestión no sufran un perjuicio económico" (Comunicación COM (2008) 637 final de la Comisión, op. cit., pág. 6).

²⁵⁷ Véase los comentarios sobre la modificación de la Directiva 92/85/CEE en BALLESTER PASTOR, M. A., "Conciliación y corresponsabilidad...", op. cit., págs. 28-29.

La realidad es que esta propuesta no llegó a materializarse en forma de modificación, retirándola definitivamente la Comisión en el año 2015²⁵⁸. El Parlamento Europeo lamentó dicho acto y solicitó una iniciativa legislativa cuyo objetivo fuera revisar la Directiva, como alternativa inmediata que debería iniciarse a corto plazo²⁵⁹. Es preciso mencionar que la Comisión a través de esta propuesta, plantea el cumplimiento de las sugerencias realizadas por la OIT en su Recomendación número 191 del año 2000, entre las que se encuentra la ampliación a dieciocho semanas de permiso por maternidad. Asimismo, entendemos, que la negativa a aprobar este tipo de medidas está relacionada directamente con el alto coste que conllevaría implantarla en los Estados miembros que tienen establecido un permiso por maternidad inferior a catorce semanas.

En nuestra opinión, esta propuesta de 2008 habría sido una buena oportunidad para: 1) avanzar en el reconocimiento de derechos de la mujer trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; 2) asumir como propias las recomendaciones de la OIT, organismo que ha ido marcando la senda de los derechos laborales a nivel mundial; 3) ampliar la duración del permiso por maternidad en aquellos Estados miembros que tengan establecida una duración inferior a 18 semanas, intentando armonizar e igualar las diferencias existentes entre los socios de la UE; y 4) luchar contra las bajas tasas de natalidad y el envejecimiento de la población que actualmente imperan en la UE²⁶⁰.

2.4. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS, PROTECTORAS Y PROMOTORAS DE LA SALUD EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

Centrándonos en el marco de la seguridad y salud de la trabajadora durante el embarazo, parto reciente o lactancia natural, se describen en este epígrafe los tres niveles de acción que ampara la LPRL: preventivo, protector y promotor de la salud laboral. Previamente, se ha considerado conveniente explicar de forma cronológica cuáles han sido los orígenes de la PRL y de la protección de la maternidad en el ámbito laboral. De su conocimiento depende en gran medida el fundamento y el espíritu del sistema normativo preventivo actual.

²⁵⁸ Retirada de propuestas de la Comisión (2015/C 257/10). Justicia, Consumidores e Igualdad de Género. «DOUE» de 06/08/2015.

²⁵⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2015, sobre el permiso de maternidad (2015/2655(RSP)). «DOUE» de 27/09/2016.

²⁶⁰ Argumento que igualmente defiende BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., pág. 24, basándose –entre otros– en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de febrero de 2008, sobre el futuro demográfico de Europa (2007/2156(INI)), en la que se “pide a los Estados miembros que se inspiren en las mejores prácticas en lo que se refiere a la duración de los permisos por maternidad, que oscilan según los Estados miembros entre 14 y 28 semanas”.

2.4.1. Aproximación histórico-normativa

2.4.1.1. Evolución normativa

Al objeto de que el lector conozca de manera breve y concisa los antecedentes históricos de la protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico español, recogemos las principales normas que la amparan desde comienzos del siglo XX hasta la aprobación de la CE de 1978. El conocimiento del origen y la evolución del sistema preventivo español, resulta imprescindible para la comprensión adecuada de su finalidad y de su configuración actual, tanto a nivel preventivo en general, como de protección de la maternidad en particular.

Podemos considerar que el nacimiento del marco normativo de la PRL en nuestro país tiene lugar en el periodo comprendido entre 1873 y 1907. El 24 de julio de 1873 se promulgó la ley que prohibía el trabajo infantil a los menores de 10 años, de forma que no serían admitidos en ninguna fábrica, taller, fundición o mina; y regulaba las condiciones de trabajo de los menores de edad en general, entre otros aspectos. Se trataba de una de las primeras normas que establecía la exigencia de que las empresas debían disponer de un botiquín y celebrar contratos con un médico-cirujano para atender los “accidentes desgraciados que por efecto del trabajo puedan ocurrir”²⁶¹.

Más tarde, a comienzos del siglo XX, se aprobó la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900 (conocida como la Ley Dato)²⁶², norma de referencia que constituye un hito esencial en la conformación de los sistemas de protección social en España²⁶³. Se trataba de consolidar un modelo asistencial-reparador dirigido al trabajador, que se estaba desarrollando desde el ámbito industrial-empresarial y desde la propia administración del Estado. Este modelo se basaba inicialmente en el desarrollo y consolidación de la intervención del Estado en materia de seguridad e higiene²⁶⁴. Sobre los contenidos de la Ley Dato, cabe indicar que se trataba de una norma breve de 21 artículos de los que, por su importancia y relación con este trabajo, se mencionan los siguientes:

²⁶¹ *Gaceta de Madrid* núm. 209, de 28 de julio de 1873. Para ampliar y conocer la evolución histórica del sistema preventivo español, véase GARCÍA GONZÁLEZ, G., “Orígenes y Fundamentos de la Prevención de Riesgos Laborales en España (1873-1907)”, Universidad de Barcelona, Tesis doctoral, 2007.

²⁶² Eduardo Dato e Iradier (1856-1921), era el Ministro de la Gobernación en 1900, durante la Regencia de María Cristina de Habsburgo. Desde su ministerio se comenzó a dar forma a la primera legislación laboral programada por un gobierno de la Restauración. Se publicó en la *Gaceta de Madrid* núm. 31, de 31 de enero de 1900. Esta ley surgió como resultado de los trabajos de la *Comisión de Reformas Sociales*, órgano gubernamental de finales del siglo XIX y principios del siglo XX en España, que sirvió para estudiar las condiciones de vida y trabajo de la clase obrera y proponer reformas de carácter legislativo para mejorarlas. Funcionó entre 1883 y 1903, año en que fue sustituida por el Instituto de Reformas Sociales.

²⁶³ GARCÍA GONZÁLEZ, G., “Los inicios de la previsión social en España: responsabilidad patronal y seguro de accidentes en la Ley de accidentes del trabajo de 1900”, *Lex Social*, Vol. 5, núm. 2, 2015, pág. 1.

²⁶⁴ GALÁN GARCÍA, A., (Dir.) “La prevención de los accidentes del trabajo”, Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, 2008, págs. XVI-XVII. Obra *facsimilar* del libro original de 1933 de PALANCAR, M. y PÉREZ BOTIJA, E.

- **Definición de accidente de trabajo (art. 1):** “entiéndese por accidente toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena”. Hemos advertido que este texto sigue vigente hoy en día como concepto legal de accidente de trabajo²⁶⁵.
- **Responsabilidad de los patronos (art. 2):** establecía la responsabilidad de los patronos sobre cualquier accidente de “sus operarios” durante el desarrollo de las tareas que realizaran. Establecía como excepción a esta regla general, que el accidente fuera debido a “fuerza mayor extraña al trabajo”.
- **Derechos de indemnizaciones (arts. 4, 5 y 10):** a los trabajadores y sus viudas por incapacidades temporales diagnosticadas y por muerte tras un accidente de trabajo. Los trabajadores tenían derecho a una indemnización cuando como consecuencia de un accidente de trabajo, se hubiera producido una incapacidad parcial o absoluta, de carácter temporal o permanente. La forma y la cuantía variaban en función del daño ocasionado, oscilando entre “la mitad de su jornal diario”, en caso de una incapacidad temporal, hasta el salario de dos años en caso de incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo. En cualquiera de las situaciones, el patrono estaba obligado a “facilitar la asistencia médica y farmacéutica al obrero hasta que se halle en condiciones de volver al trabajo”.

En el supuesto de fallecimiento del trabajador por accidente laboral, el patrono estaba obligado a “sufragar los gastos de sepelio, no excediendo éstos de 100 pesetas”, debiendo indemnizar a “la viuda, descendientes legítimos menores de diez y seis años y ascendientes”. La forma y la cuantía variaban en función de las personas “que dejaba” el trabajador; así en el supuesto que “deje viuda e hijos o nietos huérfanos que se hallasen a su cuidado”, correspondía una cuantía equivalente al salario medio diario de dos años que disfrutaba la víctima; si “dejase hijos o nietos”, tendrían derecho a una cuantía equivalente a “diez y ocho meses de salario”; si deja viuda sin hijos ni otros descendientes, un año de salario; y si deja padres o abuelos “sexagenarios y careciesen de recursos”, diez meses de salario.

Estas indemnizaciones podían sustituirse a propuesta del patrono y siempre que estuvieran de acuerdo sus familiares, por una pensión vitalicia que era del 40% del salario anual de la víctima, para la viuda, hijos o nietos menores de dieciséis años; 20% para la viuda sin hijos ni descendientes legítimos; y del 10% para “cada uno de ascendientes pobres y sexagenarios, cuando la víctima no dejase viuda ni descendientes, siempre que el total de estas pensiones no exceda de 30 por 100 del salario”.

- **Estudios para la prevención de accidentes de trabajo (arts. 6 y 7):** en la ley se propone la constitución de una “Junta técnica” a la que se le encomienda la labor

²⁶⁵ Art. 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

de redactar un “Catálogo de los mecanismos que tienen por objeto impedir los accidentes del trabajo”. Se trata de una novedad legislativa, por la que, con independencia de la regulación legal de los accidentes de trabajo y sus consecuencias, el legislador abría la vía para la redacción de normas eminentemente técnicas, para la PRL, que se elevarían al Ministerio de la Gobernación para su posterior aprobación²⁶⁶.

El 25 de julio de 1900, se aprobó el Real Decreto que contenía el “Reglamento para la aplicación de la Ley de 30 de enero de 1900 acerca de los accidentes del trabajo”²⁶⁷. El mismo se dictó para la aplicación efectiva de la Ley de accidentes de trabajo, definiéndose los conceptos de “patrono” y “operario”. Asimismo, establecía las obligaciones del patrono ante las lesiones o muerte del trabajador, los derechos de reclamación de los operarios, las responsabilidades, las intervenciones y el seguro de accidentes, entre otros. Por su importancia, es preciso mencionar el Capítulo V, dedicado a la previsión de los accidentes de trabajo, que contiene un catálogo de medidas preventivas, refiriéndose a medios protección colectivos como barandillas o redes, equipamiento y maquinaria de trabajo como andamios, así como los avisos y la señalización. Se trataba de una de las primeras normas que establecía medidas técnicas específicas para la PRL.

Centrándonos en la normativa sobre protección de la maternidad, es preciso mencionar la Ley de 13 de marzo de 1900, acerca del trabajo de mujeres y niños, texto legal que se aprobó con cierto retraso respecto de otros países de nuestro entorno como Inglaterra o Francia. Ello se debió fundamentalmente a la situación política nacional de finales del siglo XIX y la tardía implantación de la Revolución Industrial en España^{268 269}. En su art. 9 se establecía la prohibición del trabajo de las mujeres durante las tres semanas posteriores al parto, la cual tenía derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante este periodo, siempre que así lo hubiera solicitado previo al nacimiento de su hijo. Con relación a la lactancia, se le reconocía a la mujer lactante un permiso de una hora diaria para “dar el pecho a sus hijos”, que podía dividirse en dos franjas de media hora, para los periodos de trabajo de mañana y de tarde. Sobre el coste de este derecho, a la trabajadora no se le podía descontar la hora destinada a la lactancia²⁷⁰.

²⁶⁶ Una de las normas pioneras en este sentido la encontramos en PALANCAR, M., PÉREZ BOTIJA, E., “La prevención de los accidentes...”, op. cit.

²⁶⁷ *Gaceta de Madrid* núm. 211, de 30 de julio de 1900.

²⁶⁸ *Gaceta de Madrid* núm. 73, de 14 de marzo de 1900.

²⁶⁹ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Los orígenes de la protección por maternidad”, *Revista de Fomento Social*, núm. 225, 2002, pág. 28.

²⁷⁰ Sobre la protección laboral de la lactancia materna, véase estudio de ESPUNY TOMÁS, M.J., “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, *IUSLabor* 2, 2006, págs. 1-4.

Igualmente, esta norma se desarrolló mediante el Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, por el que se aprobaba el “Reglamento para la aplicación de la ley de 13 de marzo de 1900, acerca del trabajo de mujeres y niños”²⁷¹. En su Capítulo II, dedicado íntegramente al trabajo de las mujeres, establecía en el art. 18 que las embarazadas que hubieran alcanzado el octavo mes de gestación, podían solicitar el cese en el trabajo, reservándoles el puesto hasta tres semanas posteriores al parto, ampliándose una semana más cuando por motivos de salud no se pudiera incorporar a su trabajo por prescripción facultativa.

Sobre el derecho a la lactancia natural en el lugar de trabajo, el Reglamento, en su art. 19, complementa la Ley afirmando que, a preferencia de la madre, se podía dividir la hora de lactancia en cuatro periodos de quince minutos, siempre que “al niño se lo lleven al taller o establecimiento donde aquélla preste sus servicios”. Asimismo, añade que la madre podía ampliar la hora de lactancia de su hijo con el correspondiente descuento en el salario.

La Ley de 13 de marzo de 1900, se aplicó igualmente al personal al servicio del Ministerio de la Guerra por Real Decreto de 26/03/1902. En éste, se destinaba el Capítulo II (arts. 11 a 13) al trabajo de las mujeres, conteniendo un texto idéntico al establecido en el Reglamento de 13 de noviembre de 1900²⁷².

Durante los primeros años del reinado de Alfonso XIII, concretamente en el año 1907, se aprobó la Ley por la que se reformaba el comentado art. 9, sobre la protección de la maternidad, de la Ley de 13 de marzo de 1900²⁷³. Los principales cambios se centraron en: 1) ampliación del periodo de descanso posterior al parto, por el que se extendía de las tres semanas establecidas en la norma de 1900, hasta las cuatro obligatorias, que podían llegar a cinco o seis semanas si una certificación facultativa determinase que por motivos de salud, la mujer no puede reincorporarse a su puesto de trabajo²⁷⁴; 2) ampliación del periodo de reserva del puesto de trabajo, hasta la misma duración del periodo de descanso obligatorio; y 3) garantía de cese en el trabajo para las mujeres embarazadas que se encontraran en el octavo mes de gestación, que sería concedido siempre que el informe del facultativo fuese favorable, e

²⁷¹ *Gaceta de Madrid* núm. 203, de 15 de noviembre de 1900.

²⁷² *Gaceta de Madrid* núm. 111, de 21 de abril de 1902. En su art. 2 se establecía que “se considerarán como obreros los que, con remuneración o sin ella, ejecuten habitualmente fuera de su domicilio un trabajo manual por cuenta del Ministerio de la Guerra.

²⁷³ Esta ley de fecha de 8 de enero de 1907, se publicó en *La Gaceta de Madrid* núm. 10, de 10 de enero de 1907, siendo el ministro de la Gobernación, Álvaro Figueroa y Torres. Surge como consecuencia de las propuestas que se originaron en el VIII congreso de la Unión General de Trabajadores, que se celebró en Madrid entre el 16 y el 19 mayo de 1905. F. Mora, F. Largo Caballero y R. Serrano presentaron al Instituto de Reformas Sociales una moción de la representación obrera.

²⁷⁴ Se modifica este artículo para adaptarlo a los acuerdos de la Conferencia de 15 de marzo de 1890, convocada por el emperador de Alemania y suscrita por quince países europeos (GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La protección de la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”, *IUSLabor* 2, 2007, pág. 1).

igualmente se le reservaba su puesto de trabajo²⁷⁵. Con esta reforma, el legislador pretendía que la norma fuese acatada por la mayoría de la clase obrera femenina, hecho que no llegó a suceder, resultando escasamente aplicada. El motivo fue doble: 1) por un lado, la situación de pobreza y absoluta necesidad de las trabajadoras, no les permitía disfrutar del derecho al descanso que se les reconocía, puesto que recordemos, no llevaba asociada indemnización económica de ningún tipo; y 2) los mecanismos de fuerza o de imposición frente a los incumplimientos de los empresarios fueron muy débiles²⁷⁶.

A pesar de la importante mejora que, a nuestro juicio supuso esta reforma de 1907, la clase obrera no la aceptó en su totalidad, puesto que entendían que el único problema resuelto era el higiénico-preventivo, olvidándose de la forma en la que la mujer debía subsistir durante los descansos por maternidad. Así, exigían un sistema indemnizatorio basado en prestaciones económicas en favor de la madre. Los autores de la época señalaban que la norma requería del necesario complemento de una prestación económica a favor de la madre. Así, se reclamaba la necesidad de que, junto con la reserva del puesto de trabajo se otorgara a las parturientas una pequeña pensión²⁷⁷.

Por ello y como consecuencia de la ratificación por España del Convenio número 3 de la OIT de 1919, se planteó una segunda reforma del art. 9, aprobada por Real Decreto de 21 de agosto de 1923, por el que se aplicaba las novedades contenidas en el convenio, salvo las que pudieran constituir una regresión respecto a la normativa interna española²⁷⁸. Los principales cambios se centraron en: 1) como norma general, ampliación del periodo de descanso posterior al parto en seis semanas; 2) las embarazadas que hubieran alcanzado el octavo mes de gestación, tenían derecho a abandonar el trabajo cuando presentaran “certificación médica en que se declare que el alumbramiento sobrevendrá probablemente en el término de seis semanas”; 3) la trabajadora tenía derecho a la reserva del puesto de trabajo desde el octavo mes de gestación hasta la finalización del periodo de descanso tras el parto (de acuerdo a los apartados 1) y 2) anteriores), sin embargo con esta última reforma, se podía ampliar su duración hasta en 20 semanas, con motivo de una enfermedad certificada por un médico y que se origine como consecuencia del embarazo o el parto; 4) durante la ausencia del trabajo, de acuerdo a los apartados anteriores, la trabajadora tenía

²⁷⁵ A juicio de GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 1, esta norma “situaba a nuestro ordenamiento jurídico ente los más avanzados en materia social, y en concreto en relación con la protección de la maternidad”. “Fue considerada extraordinariamente avanzada en la época, a la vez que constituyó un ejemplo para otros países de nuestro entorno”.

²⁷⁶ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Los orígenes de la protección...”, op. cit., pág. 31.

²⁷⁷ GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 3.

²⁷⁸ *Gaceta de Madrid* núm. 235, de 23 de agosto de 1923. En su exposición de motivos se explica que “sería pues, una regresión de la legislación española ajustar ahora la protección de la maternidad a los límites profesionales que se señalan en el Convenio”; en clara referencia al ámbito de aplicación del convenio que se refiere solamente a las obreras de la industria y del comercio.

derecho a la “asistencia gratuita de un médico o de una comadrona y a una indemnización diaria suficiente para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene”; 5) se establecieron las bases de la denominada “Caja del Seguro obligatorio de Maternidad”; y 6) de forma transitoria se aprobó un régimen de subsidio tutelar de la obrera que dé a luz.

En nuestra opinión, lo más importante de esta última reforma fue el establecimiento de una prestación económica diaria para la trabajadora durante su descanso por maternidad, prestación que hasta el momento no percibía. Igualmente, importante fue la denominada “Caja del Seguro obligatorio de Maternidad” que, si bien únicamente establecía las bases de un sistema prestacional para la trabajadora durante la maternidad, entendemos que con esta medida se dio un paso importante por el que se sentaron los fundamentos del actual sistema protector de la maternidad²⁷⁹. Estos fundamentos fueron el origen del Seguro de Maternidad de carácter obligatorio que se instauró tras la aprobación del Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929²⁸⁰.

En cumplimiento del art. 12 de la Ley de 13 de marzo de 1900, se publicó el Real Decreto de 25 de enero de 1908, sobre clasificación de las industrias^{281 282}. En este texto, se realizó una clasificación razonada de las industrias, desde el punto de vista de la protección de que debían ser objeto los niños y las mujeres. Se establecían dos grupos: 1º) industrias en las que debía prohibirse totalmente el trabajo de niños menores de diez y seis años y a las mujeres menores de edad; y 2º) industrias en las que debía prohibirse el trabajo a los niños menores de diez y seis años y a las mujeres menores de edad en los trabajos y circunstancias que se señalaban especialmente en un listado exhaustivo²⁸³.

Tras la Ley Dato de 1900, quedaba claro que se había resuelto la responsabilidad y la reparación económica de las contingencias profesionales, por lo que, desde ese

²⁷⁹ Sin embargo, hubo autores que criticaron esta reforma, puesto que el legislador únicamente se comprometía a iniciar una investigación que sirviera de base para la organización de una caja de la maternidad (GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 3).

²⁸⁰ *Gaceta de Madrid* núm. 83, de 24 de marzo de 1929

²⁸¹ *Gaceta de Madrid* núm. 26, de 26 de enero de 1908. El art. 12 de la Ley de 13/03/1900 establecía que “El Gobierno, oyendo al Consejo de Sanidad y a las Juntas provinciales, y previa la información que estime necesaria, clasificará todas las industrias y trabajos para acomodar esta clasificación los artículos correspondientes de la presente ley”.

²⁸² Para un estudio en profundidad de esta norma, véase GARCÍA GONZÁLEZ, G., “Los trabajos prohibidos a la mujer en el Real Decreto de 25 de enero de 1908: la exclusión como instrumento de protección”, *IUSLabor*, núm. 2, 2014, págs. 1-11.

²⁸³ Quedaba prohibido el trabajo de ambos sexos, menores de diez y seis años, y a las mujeres menores de edad, las industrias siguientes: a) por riesgo de intoxicación o por producirse vapores o polvos nocivos para la salud; b) por riesgo de desprendimiento de polvos o emanaciones susceptibles de producir una intoxicación específica; c) por riesgo de desprendimiento de vapores ácidos durante las operaciones; d) por peligro de incendio; e) por tratarse de sustancias cuyo trabajo en determinadas condiciones puede dar lugar a enfermedades específicas; y f) por las condiciones especiales del trabajo.

momento, las normas fueron dirigidas a la reducción de la siniestralidad laboral y de la gravedad de los accidentes, mediante una labor eminentemente preventiva, con normas de marcado carácter técnico.

En este sentido, el 31/01/1940 se aprobó el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que se estableció como norma con prescripciones elementales y mínimas al objeto de “proteger al trabajador contra los riesgos propios de su profesión, que ponen en peligro su salud y su vida”²⁸⁴. Se trataba de una norma de 104 artículos estructurada en 11 capítulos que regulaban materias como las condiciones generales de los locales y ambiente de trabajo; motores, transmisiones y máquinas; electricidad; trabajos peligrosos, aparatos elevadores, transporte; andamios; prevención y extinción de incendios; protecciones personales; y servicios de higiene y locales anexos. En nuestra opinión, se trata de una norma de marcado carácter técnico, que estableció las bases de la PRL, tal y como la conocemos actualmente. El fundamento de muchos de sus artículos está presente en la normativa preventiva actual (a modo de ejemplo citaremos materias como lugares de trabajo, equipos de protección individual, equipos de trabajo, trabajos en presencia de electricidad, trabajos en altura e incendios y emergencias) y han sido utilizados para elaborar numerosos manuales de seguridad y salud orientados al técnico de PRL. A pesar del contenido novedoso de esta norma, no se incluían aspectos relacionados con la protección de la maternidad²⁸⁵.

En 1944, se aprobó la Orden de 21 de septiembre, sobre la creación de Comités de Seguridad e Higiene del Trabajo²⁸⁶. Determinaba la obligación de constituir estos comités en las industrias relacionadas con el textil, químicas, maderas, y las afines al papel y al cartón, cuero, pieles, de cerámica, vidrio y cemento; también en las de electricidad, transportes y comunicaciones cuando emplearan a más de 500 trabajadores; cuando superaran los 250 empleados, en las empresas del trabajo de hierro, siderometalúrgica y reparación de maquinaria y en la construcción²⁸⁷.

²⁸⁴ «BOE» de 03/02/1940.

²⁸⁵ A raíz de este Reglamento general, se publicaron numerosas normas técnicas que regulaban aspectos concretos de las condiciones de trabajo. Entre ellas, se mencionan. 1) Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de marzo de 1941, por la que se dictan normas para la prevención e indemnización de la silicosis como enfermedad profesional; 2) Orden del Ministerio de Trabajo de 26 de agosto de 1940, por la que se establecen normas sobre iluminación en los centros de trabajo; 3) Orden del Ministerio de Trabajo de 20 de mayo de 1952 por la que se aprueba el Reglamento de Seguridad del Trabajo en la Industria de la Construcción; 4) Decreto de 26 de julio de 1957, sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres; 5) Orden de la Presidencia del Gobierno de 14 de septiembre de 1959, por la que se regula la fabricación y empleo de disolventes y otros compuestos preparados con productos que contengan benceno; 6) Orden de la Presidencia del Gobierno de 22 de diciembre de 1959, por la que se dictan normas para la protección contra las radiaciones ionizantes; 7) Decreto de 22 de diciembre de 1960, por el que se reforma y complementa el Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica; y 8) Decreto de 30 de noviembre de 1961, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

²⁸⁶ «BOE» de 30/09/1944.

²⁸⁷ CERÓN TORREBLANCA, C., “La prevención de riesgos laborales y el mundo del trabajo durante la dictadura franquista”, Baética: Estudios de Historia Moderna y Contemporánea, núm. 32, 2010, pág. 495.

Por su relación con el tema, mencionamos el Decreto de 26 de julio de 1957, sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres, que establecía determinadas prohibiciones del trabajo para la mujer en general, sin hacer referencia alguna a la maternidad como factor a tener en cuenta para la regulación de las condiciones laborales de la mujer trabajadora²⁸⁸. En el mismo sentido, hacemos referencia a la Orden de la Presidencia del Gobierno de 22 de diciembre de 1959, por la que se dictan normas para la protección contra las radiaciones ionizantes, en la que se determina que “las mujeres en edad de procrear no podrán ser sometidas a la exposición de las dosis previstas para un trabajo de emergencia”²⁸⁹.

A comienzos de la década de 1970 se publicó la “Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo”, norma que derogaba casi en su totalidad el Reglamento General de 1940 y que a día de hoy sigue vigente en algunos de sus preceptos, aunque gran parte fue derogado por la actual LPRL²⁹⁰. Entre los contenidos que regulaba, destacamos las condiciones generales de los centros de trabajo (edificios y locales; servicios permanentes; servicios de higiene; instalaciones sanitarias de urgencia; locales provisionales y trabajos al aire libre; electricidad; prevención y extinción de incendios; motores, transmisiones y máquinas; herramientas portátiles; elevación y transporte; protecciones personales; etc.). En cuanto a la regulación de las condiciones laborales de la mujer, se indicaba en diferentes preceptos las prohibiciones de trabajo para las mujeres menores de veintiún años expuestas a radiaciones ultravioletas y radiaciones ionizantes. En este texto, al igual que ocurrió con la norma de 1940, no se hacía referencia expresa a medidas preventivas relacionadas con la maternidad, aunque la prohibición de exposición mencionada, probablemente se implantó para evitar efectos nocivos en la función procreadora de la mujer.

En conclusión, con respecto al trabajo de las mujeres y como es notorio, estas normas que conformaban la primera legislación social, se centraban en la prohibición del trabajo de las mujeres, que se correspondía con su rol en la sociedad de inicios del siglo XX, calificada como el “sexo débil”. Estos primeros textos legales tenían un marcado carácter proteccionista, dirigidos a los trabajadores que el legislador de la época entendía como “más débiles”, refiriéndose a niños y mujeres. Así, muchos autores consideran que este marco legal está constituido por normas caritativas, tuitivas y filantrópicas, que “ubican a la mujer en una situación social y laboral de

²⁸⁸ «BOE» de 26/08/1957. Declarado inconstitucional por la STC 229/1992. La Disposición derogatoria única LPRL derogó el Decreto de 26 de julio de 1957, en los aspectos de su normativa relativos al trabajo de las mujeres, manteniéndose en vigor las relativas al trabajo de los menores hasta que el Gobierno desarrollara las previsiones contenidas en el apartado 2 del artículo 27.

²⁸⁹ «BOE» de 28/12/1959.

²⁹⁰ «BOE» de 16/03/1971.

inferioridad”²⁹¹ ²⁹². Se excluía a la trabajadora de determinados trabajos por su peligrosidad o insalubridad, en base al doble rol que le otorgaba la sociedad: la maternidad y la vida doméstica. En definitiva, la protección de la mujer quedaba ligada a la prohibición, y no a la prevención, tal y como se comenzó a legislar tras la CE de 1978²⁹³.

2.4.1.2. Historia reciente. El marco constitucional

La normativa que en materia de seguridad y salud laboral se ha aprobado en los últimos 40 años emana fundamentalmente de la CE de 1978, por la que se han desarrollado las normas preventivas, contractuales y de seguridad social para los trabajadores en general y para la mujer trabajadora en situación de maternidad, en particular²⁹⁴.

Así, en el art. 40 CE, contenido en el Capítulo III del Título I (De los principios rectores de la política social y económica), se establece un doble deber de los poderes públicos: crear políticas que fomenten la formación profesional y la seguridad e higiene en el trabajo. Se trata de un principio rector de la CE y que por tanto exige un desarrollo legal para alcanzar la efectividad deseada en este artículo, que conlleva necesariamente definir e implantar una “política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo”²⁹⁵. Sin embargo, estos poderes públicos: Estado, comunidades autónomas, diputaciones provinciales y ayuntamientos, entre otros entes, no deben observar sólo como meros espectadores las condiciones laborales en las empresas, sino que además están obligados a promover, impulsar y proteger unas condiciones dignas de trabajo que garanticen la seguridad y salud laboral.

Con la aprobación de la CE, se produce un importante cambio en la concepción proteccionista y defensora de la mujer respecto a los riesgos derivados del trabajo. Se introduce un nuevo enfoque del trabajo de la mujer basado en: 1) la prohibición de toda forma de discriminación por razón de sexo, a partir del principio de igualdad para toda la ciudadanía (art. 14 CE); y 2) el reconocimiento del derecho al trabajo sin discriminación por razón de sexo (art. 35 CE). De esta forma, “el trabajo de la mujer no debe ser objeto de una protección especial”, sino que debe desarrollarse a la par con el

²⁹¹ MERCADER UGUINA, J.R., “Filantropía, beneficencia y caridad en el primer derecho obrero”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 2008, págs. 27-71.

²⁹² MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, *op. cit.*, pág. 178.

²⁹³ Argumentaciones defendidas en GARCÍA GONZÁLEZ, G., “Los trabajos prohibidos...”, *op. cit.*, págs. 9-11.

²⁹⁴ «BOE» de 29/12/1978.

²⁹⁵ GONZÁLEZ GÓMEZ, M.F., “Salud laboral y género. Apuntes para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”, *Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 57, 2011, pág. 100.

trabajo del hombre, excepto que esa protección “venga impuesta por razón de su maternidad”, que es la particularidad que las diferencia con respecto al hombre²⁹⁶. El legislador constitucional por tanto, ya no persigue la protección genérica de la mujer –considerada hasta entonces como sexo débil–, frente a los riesgos derivados del trabajo, sino que únicamente deberá protegerse a este sujeto cuando por razones biológicas ligadas a la maternidad, y por los daños que se pudieran derivar para ella misma o sus descendientes, se le deba proporcionar una protección añadida con respecto a la que se dispensa a los hombres o a otras mujeres que no se encuentren en situación de maternidad, ello únicamente basado en su condición biológica diferente respecto al varón.

En este sentido, la STC 229/1992, de 14/12/1992, determina que “el mandato de no discriminación por sexo del art. 14 C.E., (...) exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que, –con la salvedad del embarazo y la maternidad– aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo”.

La STC 62/2007, de 27/03/2007, contempla derechos regulados constitucionalmente en temas relacionados con la protección de la seguridad y salud de la mujer trabajadora embarazada. Así, recoge el litigio de una trabajadora embarazada del *Servicio Andaluz de Salud* que, tras la reasignación de sus funciones laborales, presenta reclamación previa por entender que la realización de las nuevas tareas suponía “un especial peligro para su salud y la de su futuro hijo”. Tras el silencio administrativo del ente andaluz, del que se entiende una presunta desestimación, la trabajadora interpuso recurso contencioso-administrativo en el que se detallaba que se había lesionado el derecho fundamental a la vida e integridad física de la trabajadora y la de su futuro hijo, contemplado en el art. 15 CE. Asimismo, también estimaba la trabajadora que se había vulnerado el derecho a la salud, contemplado en el art. 43 CE. Tras la desestimación del recurso por el TSJ de Andalucía, la trabajadora recurrió en amparo ante el TC, que reconoció este derecho, alegando en sus fundamentos jurídicos que “el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones, sino también por omisiones de los poderes públicos”, como podría ser el caso de la inactividad del *Servicio Andaluz de Salud*, una vez conocida la situación de embarazo de la trabajadora. Una determinada actuación u omisión del empleador en este sentido, podría comportar un riesgo o daño para la salud de la trabajadora.

Es preciso aclarar, que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración de este derecho fundamental, sino sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma²⁹⁷. En este sentido, para que se produzca una efectiva

²⁹⁶ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 47.

²⁹⁷ SSTC 5/2002, de 14/01/2002, F.J. 4, y 119/2001, de 24/05/2001, F.J. 6.

vulneración del art. 15 CE, no es imprescindible que este peligro se materialice, sino que bastaría con acreditar que existe un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse²⁹⁸. Asimismo, esta sentencia conecta el nivel jurídico constitucional con el infraconstitucional, relacionando el derecho fundamental a la vida e integridad física (art. 15 CE), el derecho a la salud (art. 43 CE) y el mandato que le otorga la CE a los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2) con la LPRL, que en su art. 14 dispone que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. En el nivel constitucional, se encuentra el art. 43, que reconoce el derecho a la protección de la salud e impone un mandato a los poderes públicos para que organicen y tutelen la salud pública a través de medidas preventivas.

Este marco constitucional ha permitido el desarrollo de una amplia y variada normativa relacionada con la seguridad y salud en el trabajo, las relaciones laborales y el sistema público protector de seguridad social frente a las contingencias profesionales. Esta legislación pretende garantizar el derecho de los trabajadores a realizar sus tareas laborales en un entorno seguro, saludable e igualitario, y que evite situaciones de discriminación por razón de sexo.

2.4.1.3. Marco normativo vigente²⁹⁹

El marco normativo preventivo actual se estructura en base a la LPRL, aprobada siguiendo el mandato constitucional del art. 40.2 CE y de la UE, por el que se transpone al Ordenamiento Jurídico español la Directiva marco 89/391/CEE. La LPRL es el pilar esencial de este sistema normativo de seguridad y salud en el trabajo, por el que se establece el marco general en el que se desarrollan las distintas acciones preventivas en coherencia y cumplimiento de la normativa específica de la UE. Estructura las garantías y responsabilidades en materia de PRL y fija el marco legal a partir del cual, las normas de desarrollo reglamentarias regulan los aspectos más concretos y técnicos del propio contenido de la LPRL. Como se ha comentado en el epígrafe 2.3.1 de este *Capítulo*, la Directiva marco 89/391/CEE establecía que los Estados miembros tenían la obligación de transponerla a sus correspondientes ordenamientos jurídicos internos, antes del 31/12/1992, hecho que no sucedió en España hasta la aprobación en 1995 de la LPRL, tras varios intentos infructuosos en años anteriores. Por tanto, la

²⁹⁸ STC 221/2002, de 25/11/2002, F.J. 4, y 220/2005, de 12/09/2005, F.J. 4.

²⁹⁹ En este epígrafe recogemos de manera sistemática, el conjunto de normas que regulan el sistema de PRL en la actualidad. No pretendemos realizar una descripción exhaustiva del contenido y la configuración de la misma, sino que el objetivo es dar a conocer de forma breve y somera la normativa preventiva básica y de desarrollo. Igualmente referimos los textos legales que, en diferentes ámbitos, complementan desde otros campos de actuación al sistema preventivo actual. Estas normas son las que se mencionan y utilizan para justificar el desarrollo del conjunto de esta investigación.

Directiva marco –entre otras– fue el origen de la LPRL, por la que se transponía al Ordenamiento Jurídico español la norma europea de 1989³⁰⁰.

El desarrollo reglamentario de la LPRL es abundante y muy completo, abarcando los aspectos esenciales de la norma y los diferentes ámbitos de las actividades profesionales. Así, se han publicado normas relacionadas con los servicios de prevención, con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), con infracciones y sanciones, y abundante normativa de carácter técnico en forma de reales decretos de desarrollo. Igualmente, no debemos olvidar otras normas que han coadyuvado al sistema normativo de prevención en el cumplimiento de sus objetivos, en concreto nos referimos a normas laborales, de Seguridad Social y de igualdad y conciliación de la vida familiar y laboral.

A nivel de derechos laborales de los trabajadores, nos referimos a la LET, concretamente al art. 4.2.d, en el que se determina que los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de PRL; al art. 19 sobre seguridad y salud en el trabajo, en el que se configura el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo; y al art. 45 sobre suspensión del contrato de trabajo por maternidad y riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, entre otros motivos.

En materia de protección de la maternidad, es esencial para nuestra investigación el art. 26 LPRL, sobre medidas que se deben adoptar para la protección de las situaciones de embarazo, parto reciente y lactancia en su relación con el trabajo de la mujer. Igualmente es también importante para la configuración de la tutela preventiva de la mujer en relación con su maternidad, entre otros, el art. 15, con relación a los principios de la acción preventiva; el art. 16 sobre evaluación de riesgos laborales; o el art. 22 que contiene las características de la vigilancia de la salud.

A nivel de normativa de Seguridad Social, mencionamos la LGSS que regula entre otros aspectos, el concepto de accidente de trabajo (art. 156) y enfermedad profesional (art. 157), así como las prestaciones por maternidad (arts. 177-182), por riesgo durante el embarazo (arts. 186-187) y por riesgo durante la lactancia natural (arts. 188-189). Igualmente debemos citar el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

2.4.2. La acción preventiva

La tutela preventiva se desarrolla principalmente a través de la LPRL, en la que se establecen las medidas que se deben adoptar para garantizar la seguridad y la salud

³⁰⁰ Sobre los detalles y las características esenciales de esta transposición, véase epígrafe 2.4.3 de este Capítulo.

de la mujer trabajadora, de su feto o, en su caso del hijo lactante. Estas medidas proactivas de PRL que se aplican sobre los condicionantes de la maternidad se estructuran en base a: 1) la eliminación de los riesgos laborales a los que se pueda encontrar expuesta la mujer trabajadora, tomando como base la aplicación de los principios de la acción preventiva (art. 15 LPRL); 2) la evaluación de los riesgos laborales a los que se encuentra expuesta la trabajadora, refiriéndonos a la evaluación genérica del puesto de trabajo, aunque teniendo en cuenta la posibilidad de que sea ocupada por una mujer en un estado biológico concreto (art. 16 LPRL); y la evaluación de riesgos adicional que se realiza cuando hay conocimiento de que el puesto sea ocupado efectivamente por una mujer en las situaciones biológicas comentadas; 3) la planificación de la actividad preventiva al objeto de que se garantice la efectiva ejecución de las medidas preventivas propuestas en las evaluaciones de riesgos laborales ya comentadas; 4) el obligatorio listado de puestos de trabajo sin riesgos para la maternidad, regulado en el art. 26 LPRL; y 5) el procedimiento de prevención de riesgos en la empresa, como instrumento para la adaptación de la normativa de prevención y protección de la maternidad a las particularidades empresariales.

Con independencia de la obligación legal de llevar a cabo las acciones preventivas que hemos comentado, el criterio técnico preventivo nos permite justificar que las mismas se deben llevar a cabo durante el embarazo debido fundamentalmente a que la mujer sufre una serie de cambios corporales que pueden influir en cierta manera en la salud de la trabajadora. En este sentido, conviene recordar que durante el embarazo se producen en el organismo importantes alteraciones fisiológicas (cardiocirculatorias, endocrinológicas, metabólicas, etc.), que pueden afectar durante el desarrollo del trabajo que, si bien no son factores de riesgo en sí, pueden suponer una sobrecarga para la mujer trabajadora³⁰¹. Las principales alteraciones cardiocirculatorias están relacionadas con el aumento de una serie de parámetros como el pulso (de 10 a 15 latidos/minuto), el volumen sanguíneo (de un 25-45% como media) y el volumen espirado por minuto. En cuanto a los cambios endocrinológicos, se pueden producir alteraciones en el metabolismo basal, y en el consumo de oxígeno (incremento del 20% y entre el 20-30% respectivamente)³⁰². Su nivel de exposición a sustancias tóxicas o peligrosas o a condiciones de trabajo penosas, puede ser más perjudicial para las mujeres en determinadas situaciones biológicas con respecto a los hombres o a otras mujeres que no se encuentren en esas situaciones concretas, puesto que podrían producirse efectos negativos para su salud como abortos, esterilidad, alteraciones genéticas, malformaciones del feto o trastornos en el ciclo menstrual³⁰³.

³⁰¹ NOGAREDA CUIXART, S., NOGAREDA CUIXART, C., "Nota Técnica de Prevención (NTP) 413: Carga de trabajo y embarazo", INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), 1996, págs. 1-2.

³⁰² BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, "Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...", op. cit., págs. 32-33.

³⁰³ ARENAS VIRUEZ, M., "Riesgo durante el embarazo...", op. cit., pág. 35.

La puesta en marcha de la acción preventiva se justifica por las obligaciones del empresario hacia sus trabajadores, y el correlativo derecho de éstos a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (arts. 19 LET y 14 LPRL). En nuestro caso, la mujer no sólo se encuentra acogida bajo el principio general de protección de todo trabajador, sino que se le debe proporcionar un tratamiento especial en base a su específica situación biológica, que conlleva su calificación como trabajadora especialmente sensible (art. 25LPRL). Así, se les debe aplicar la denominada “tutela reforzada”, que contiene el *estándar de prevención* al que se le añaden las medidas especiales que debe adoptar para proteger a este grupo de trabajadoras³⁰⁴.

2.4.2.1. La eliminación de los riesgos laborales. Aplicación de los principios de la acción preventiva.

Los principios generales de la acción preventiva que se regulan en el art. 15.1 LPRL, tienen su origen en el art. 6 de la Directiva marco que, tras su transposición al Ordenamiento jurídico español, se configuraron de forma “idéntica” al texto europeo. En este sentido, conviene recordar el contenido de los mismos: “a) evitar los riesgos; b) evaluar los riesgos que no se puedan evitar; c) combatir los riesgos en su origen; d) adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud; e) tener en cuenta la evolución de la técnica; f) sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro; g) planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo; h) adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual; y i) dar las debidas instrucciones a los trabajadores”.

El cuerpo de estos principios constituye la llamada *acción preventiva* que todo empresario está obligado a poner en marcha, con el fin de facilitar una protección eficaz en materia de seguridad e higiene a los trabajadores, debiendo identificar, evitar, eliminar y evaluar los riesgos. Posteriormente debe planificar las medidas preventivas que se hayan propuesto en la propia evaluación de riesgos y adecuar las condiciones del puesto de trabajo a las condiciones personales y al estado biológico del trabajador³⁰⁵. En caso de incumplimiento empresarial, en el que no quede acreditado que se hayan agotado todas las medidas que la normativa establece, el empleador deberá asumir las responsabilidades de los daños que se pudieran producir al

³⁰⁴ Sobre los TES y su aplicación a la acción preventiva, véase *Capítulo 1* de este trabajo.

³⁰⁵ STSJ de Cantabria de 27/06/2006.

trabajador³⁰⁶. En este sentido, se concluye que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado, debiendo adoptarse las medidas preventivas necesarias, cualesquiera que ellas fueran³⁰⁷.

En este epígrafe nos centramos en el primer principio, *evitar los riesgos*, que está intrínsecamente relacionado con la propia eliminación de los riesgos a los que se pueden encontrar expuestos los trabajadores. En primer lugar, delimitamos el concepto de riesgo laboral que se define en el art. 4. 2º LPRL como “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo”. Es decir, en principio el posible daño estaría asociado directamente a la actividad laboral del trabajador, teniendo como causa única el propio trabajo. La jurisprudencia ha matizado este concepto de forma amplia y dinámica, entendiendo que los riesgos no están definidos de forma definitiva, sino que van evolucionando en función del desarrollo de las condiciones de trabajo y de las investigaciones científicas en materia de riesgos laborales³⁰⁸. Por tanto, la protección frente a los riesgos laborales debe extenderse a cualquier tipo de riesgo y no únicamente a algunos determinados en base a su gravedad o determinadas circunstancias del entorno laboral³⁰⁹. Dentro de este concepto amplio, es preciso indicar que la norma “no utiliza el término “riesgo laboral” únicamente de forma abstracta, sino que lo relaciona con la prevención o con las medidas que la empresa ha de adoptar para evitar o reducir dichos riesgos”. Así, el concepto debe ampliarse y aplicarse a la actividad concreta de la empresa, atendiendo a las condiciones de trabajo, productos empleados, las funciones desarrolladas por el trabajador y las características personales del mismo³¹⁰.

Desde el punto de vista del técnico de prevención, la evitación y/o la eliminación del riesgo son las primeras medidas que deben adoptarse, antes incluso de evaluar un determinado puesto de trabajo o sección en la empresa. Se debe priorizar la adopción de medidas materiales que tiendan a eliminar o evitar los riesgos –que van dirigidas a impedir un determinado daño al trabajador– frente a las medidas de protección –tanto colectiva como individual– cuyo objetivo es minimizar sus consecuencias. En cualquier caso, debe quedar claro que la sola existencia del riesgo activa el mecanismo preventivo, por lo que no es necesario que se produzca el daño para que se active la acción preventiva. En este sentido, sobre la protección de la maternidad, la jurisprudencia entiende que, aunque el riesgo “no se hubiese materializado en un

³⁰⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana de 23/02/2016.

³⁰⁷ STSJ de Cataluña de 18/04/2017.

³⁰⁸ STJCE de 15/11/2001 *Asunto C-49/00*.

³⁰⁹ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., págs. 53-54.

³¹⁰ STS de 20/11/2014 y STS de 25/06/2008, ambas califican como riesgo laboral el atraco a una entidad bancaria.

«daño» efectivo para la gestante, no puede por menos que protegerse su acreditada situación de riesgo en términos que «prevengan» la eventualidad de que aquel se produzca³¹¹.

2.4.2.2. La importancia de la evaluación de los riesgos laborales a los que se encuentra expuesta la trabajadora. De la evaluación genérica del puesto a la evaluación de riesgos adicional de carácter individual.

La evaluación de riesgos laborales es el instrumento esencial sobre el que se apoya todo el sistema preventivo laboral, siendo una de las primeras medidas que obligatoriamente debe adoptar el empresario en la puesta en marcha de la acción preventiva. Constituye el “punto de partida de múltiples obligaciones concretas del empresario que integran el genérico deber de protección”³¹². Los resultados de la misma, proporcionarán al empresario la información necesaria para permitirle adoptar las medidas preventivas adecuadas. Se regula fundamentalmente en el art. 16 LPRL y en los arts. 3 a 7 RSP, donde se establecen la definición, los contenidos, la revisión, el procedimiento y la documentación que debe elaborarse sobre la misma.

Las normas que la regulan definen a la evaluación como “el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse”. Igualmente establecen que se deberá tener en cuenta “la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos”. En definitiva, se trata de un proceso de análisis sistemático, con el objeto de conocer las causas probables de daños y establecer la manera de controlarlas, eliminando o reduciendo los riesgos laborales³¹³.

Las evaluaciones de riesgos se pueden clasificar en base a dos criterios concretos: al momento temporal en el que se realiza y a la metodología y normativa de aplicación. En primer lugar, con relación al momento concreto, y en términos generales, las evaluaciones de riesgos se clasifican en: 1) evaluación inicial, es decir, al comienzo de la actividad laboral; y 2) evaluación periódica o de revisión, que se realizará cuando: a) así se haya planificado en la propia evaluación inicial; b) cambien las condiciones de trabajo; c) se introduzcan nuevos equipos de trabajo, sustancias o

³¹¹ STSJ de Cataluña de 18/11/2004.

³¹² SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 94, en referencia a FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Comentarios a la ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa reglamentaria”, Dykinson, 2001, pág. 90.

³¹³ BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit., pág. 35.

preparados químicos o nuevas tecnologías; d) se hayan producido daños a la salud de los trabajadores; o e) se haya incorporado un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto³¹⁴. Y en segundo lugar, en cuanto a la metodología y la normativa de aplicación, las evaluaciones de riesgos se pueden clasificar en cuatro grandes bloques: a) evaluación de riesgos impuesta por legislación específica; b) evaluación de riesgos para los que no existe legislación específica pero están establecidas en normas internacionales, europeas, nacionales o en guías de Organismos Oficiales u otras entidades de reconocido prestigio; c) evaluación de riesgos que precisa métodos especializados de análisis; y d) evaluación general de riesgos³¹⁵.

A) Riesgos genéricos versus riesgos específicos en las evaluaciones de riesgos para la maternidad. La doctrina del TS

Antes de analizar la evaluación de riesgos laborales con relación a la protección de la maternidad, conviene en primer lugar clasificar los riesgos a los que puede estar expuesta la trabajadora embarazada, en parto reciente o en lactancia natural y que pueden perjudicar su salud o la de su feto o hijo. Para ello, nos valdremos de diferentes pronunciamientos judiciales que han resuelto conflictos entre los riesgos genéricos y específicos. La cuestión que debemos plantearnos es si el art. 26 LPRL se refiere únicamente a riesgos específicos que afectan a la madre y/o al feto (como inicialmente cita textualmente el precepto) o si, por el contrario, se centra en riesgos generales que pueden afectar de forma especial a la mujer por encontrarse en una situación biológica determinada.

Nos referimos al riesgo genérico como la posibilidad de que se produzca un daño con independencia del trabajo que se esté realizando, pero que esté directamente derivado del trabajo, concepto al que se refiere la LPRL en su art. 4.2 y que determina que el propio desempeño del trabajo sea el que origine un riesgo para la trabajadora embarazada. Es decir, riesgos que afecten de la misma forma a cualquier trabajador con independencia de su sexo o situación biológica concreta. Pongamos como ejemplo un puesto de trabajo en la industria alimentaria, que implique el mantenimiento de una postura corporal estática y una bipedestación prolongada en el tiempo (se mantiene durante más de cuatro horas en la jornada laboral). Un trabajador común, sufrirá dolores y molestias de tipo musculoesquelético (dolores de espalda, tensión muscular, etc.) (riesgos genéricos); en cambio, una mujer embarazada tendría una mayor prevalencia de lumbalgias y una mayor incidencia de abortos espontáneos,

³¹⁴ Hay que tener en cuenta que la evaluación de riesgos no es un documento estático, sino que debe ser cambiante y adaptarse a la evolución de las condiciones de trabajo.

³¹⁵ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), "Metodología de evaluación de riesgos laborales", 1997, pág. 2. Enlace: <https://bit.ly/2Sm7QJ3>.

partos prematuros o bajo peso del recién nacido (riesgos específicos)³¹⁶. Dos elementos son los que configuran los riesgos específicos: 1) su incidencia sobre el embarazo o lactancia natural; y 2) su relación directa con el puesto de trabajo³¹⁷. Por ello, los riesgos serán específicos para la maternidad cuando queden perfectamente enlazados o vinculados de forma concreta con el puesto de trabajo y con la situación biológica de la trabajadora³¹⁸.

Sobre la calificación de estos riesgos asociados a determinados puestos de trabajo, los tribunales no mantienen una postura única de partida, sino que la casuística es amplia y variada y dependerá de la prueba practicada y su valoración los que determinen la especificidad del riesgo. Para extraer unas mínimas conclusiones sería necesario realizar un análisis en profundidad de estas sentencias para determinar los patrones de actuación judicial³¹⁹.

En el caso concreto de la lactancia natural, serán riesgos específicos aquellos que sean relevantes para la salud de las personas protegidas (la madre y /o el lactante) y así será cuando: a) se pueda producir un perjuicio para la salud del bebé a raíz de la actividad laboral de la madre (por ejemplo cuando la madre se halla expuesta a agentes químicos en su trabajo); b) pueda dañar la salud de la madre, como consecuencia de hallarse en fase de lactancia (como sucede cuando aumenta el riesgo de infecciones de riñón al no poder ir al servicio, por el hecho de que durante la lactancia se ingieren más líquidos); o c) pueda incidir sobre la lactancia misma, impidiéndola (como sucede por ejemplo cuando el estrés derivado de la actividad laboral puede provocar retirada de la leche, o cuando no existe un espacio adecuado para su extracción en el lugar de trabajo)^{320 321}.

En resumen, la identificación del riesgo específico es una tarea extraordinariamente compleja, puesto que no resulta posible elaborar un listado de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que entrañan riesgo para el embarazo o la lactancia natural en todos los puestos de trabajo, sino que, es preciso

³¹⁶ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), "Directrices para la evaluación..." op. cit., pág. 96.

³¹⁷ BENAVENTE TORRES, I., "El riesgo durante el embarazo...", op. cit., págs. 76-77.

³¹⁸ STS de 21/09/2011.

³¹⁹ Véanse los numerosos ejemplos de riesgos específicos durante el embarazo y durante la lactancia que analiza BENAVENTE TORRES, I., "El riesgo durante el embarazo...", op. cit., págs. 79-85. En el mismo sentido, se ejemplifican las situaciones de riesgo durante la lactancia natural en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "¿Cuándo hay un riesgo específico para la trabajadora lactante? STS 13 mayo 2015", Derecho de la Seguridad Social LABORUM, 2016, pág. 126.

³²⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "¿Cuándo hay un riesgo...", op. cit., pág. 126.

³²¹ Véase el caso de las tripulantes en cabina de pasajeros de avión, analizado en páginas siguientes (SSTS de 24/04/2012, 21/06/2012 y 22/11/2012).

examinar pormenorizadamente cada situación laboral concreta analizando las actividades realizadas, los tiempos de exposición, los índices de peligrosidad, etc.³²².

Entendemos que el riesgo genérico no es al que se refiere el art. 26 LPRL, sino que su ámbito de actuación se centra en los riesgos específicos y “aquellas situaciones de riesgos genéricos que puestas en conexión con la prestación de servicios también suponen un riesgo para el trabajador especialmente sensible porque este riesgo genérico se agrava como consecuencia del propio trabajo”, como es el caso de la trabajadora embarazada³²³. Ello conllevaría la realización de una evaluación de riesgos específica que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición, no bastando un informe global y genérico de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de trabajo concreto, sin precisión alguna sobre los concretos agentes nocivos detectados efectivamente en el puesto y de los efectos que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante, en su caso; sino que se requiere la identificación, valoración y acreditación de riesgos específicos del puesto de trabajo en relación a la situación biológica concreta^{324 325}. Por tanto, el art. 26 LPRL se refiere únicamente a los riesgos específicos a los que pueda estar expuesta la trabajadora, siempre que quede probada la relación con el puesto de trabajo y con la situación biológica de la mujer; si esos riesgos intrínsecos al embarazo se pueden ver acrecentados o activados con el trabajo que realiza, se deberá poner en marcha el mecanismo previsto en el art. 26 LPRL³²⁶. En cualquier caso, debe quedar acreditada la existencia de riesgos específicos para el embarazo o la lactancia natural puesto que, en caso contrario, será declarada apta para continuar con su actividad profesional siguiendo las recomendaciones oportunas, no bastando con la existencia de ciertos riesgos genéricos para la salud de los trabajadores³²⁷.

Llegados a este punto, es preciso describir el relato y la evolución de la doctrina del TS con relación a la especificidad de las evaluaciones de riesgos y el hecho fundamental de la cuestión de la carga de la prueba³²⁸. Para ello, citamos los

³²² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “¿Cuándo hay un riesgo...”, op. cit., pág. 127.

³²³ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 56.

³²⁴ SSTS de 11/07/2018, 26/06/2018, 03/04/2018 (confirma la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22/11/2016), 10/10/2017 (confirma la STSJ de Madrid de 06/11/2015) y 21/03/2013. En referencia a las SSTS de 28/10/2014, 25/01/2012, 17/03/2011, 18/03/2011, 03/05/2011, 21/09/2011 y 01/10/2011. Idénticos supuestos sobre la denegación de prestación por riesgo durante la lactancia natural a una ATS por falta de prueba sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes, en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural.

³²⁵ SSTS de 13/05/2015 y 12/02/2014.

³²⁶ STSJ de Cataluña de 01/06/2004.

³²⁷ STSJ de Madrid de 16/06/2017.

³²⁸ Véase relato de los hechos y análisis de este cambio de jurisprudencia del TS en BENAVENTE TORRES, I., “Riesgo durante la lactancia natural. Un cambio de jurisprudencia”, Trabajo y Derecho, núm. 53, 2019, págs. 67-74; ROMERO RÓDENAS, M.J., “Prestación de riesgo durante la lactancia natural. Reconocimiento a conductora de camión de recogida de residuos sólidos: aplicación de la doctrina del TJUE (C-41/2017 y C-

argumentos que han propiciado un cambio en la dirección de la jurisprudencia del TS. Concretamente nos referimos a los fundamentos de derecho descritos en tres SSTS de 24/01/2019³²⁹. Podemos describir dos etapas diferenciadas entre sí, por la trascendente STJUE de 19/10/2017 *Asunto Otero Ramos C-531/15*^{330 331}.

En la primera etapa, el TS determinaba que la evaluación de riesgos con relación a la lactancia natural debía ser específica y alcanzar la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición. En ese caso, si los informes aportados no contenían elementos concretos y específicos que pudieran conducir al conocimiento de los riesgos en cuestión, no quedaba acreditado el riesgo³³². Por tanto, esa falta de especificidad –tan necesaria– en la evaluación de riesgos, llevaba a resolver la cuestión de la carga de la prueba de la existencia de dicho riesgo específico, sosteniendo que corresponde “en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora a las que va afectar tal importante vicisitud de la relación laboral”³³³; y que esa distribución del gravamen probatorio, supone que es a la parte actora quien debe “desvirtuar las causas de denegación de la prestación”. Es decir, si los riesgos no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica con relación a la lactancia, no se podría conocer si realmente existen otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación. Lo que conlleva el no reconocimiento, en este caso, de la

531/15), atribución indebida a la trabajadora en la determinación de los riesgos y sus efectos laborales poco precisados. STS, Sala Social, de 24 de enero de 2019 (RCUD núm. 2037/2017)”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 1, 2019; y RAMOS MORAGUES, F., “La evaluación de los riesgos durante el período de lactancia natural, a efectos del reconocimiento del derecho a la prestación. Principales problemas y soluciones ofrecidas por la jurisprudencia”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 55, 2020, págs. 380-404.

³²⁹ SSTS de 24/01/2019: núm. 53/2019 (rec. 2037/2017); núm. 54/2019 (rec. 3529/2017); y núm. 56 (rec. 4164/2017).

³³⁰ Esta sentencia es fruto del Auto de 17 de julio de 2015 de la sala de lo social del TSJ de Galicia, en el que se acuerda elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre las reglas de la inversión de la carga de la prueba recogidas en la Directiva 2006/54/CE. Tras la STJUE, se falló STSJ de Galicia de 08/11/2017 cuyo ponente fue D. José Fernando Lousada Arochena. Sobre esta última, véase MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “La declaración de “apta” ya no es suficiente. Traslación de la carga de la prueba en situaciones de riesgo durante la lactancia natural. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de noviembre de 2017, recurso 1052/2014”, Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, 2018, núm. 418, págs. 163-167.

³³¹ Sobre esta sentencia, véase CHARRO BAENA, P. y GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Riesgo laboral durante la lactancia natural. Evaluación de los riesgos y carga de la prueba. STJUE (Sala quinta) de 19 de octubre de 2017. Asunto Elda Otero vs Servicio Galego de Saúde”, Derecho de la Seguridad Social LABORUM, núm. 15, 2018, págs. 191-197. Véase igualmente SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2017”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 48, 2018, pág. 439; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Riesgo laboral durante la lactancia natural: disconformidad sobre la evaluación de los riesgos y carga de la prueba”, Trabajo y Derecho, núm.38, 2018, págs. 70-78; y ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “La protección de la lactancia natural: las consecuencias que se derivan de una evaluación del riesgo incorrectamente practicada. Comentario de la STJUE de 19 de octubre, Otero Ramos (C-531/15)”, Derecho de la Seguridad Social LABORUM, NÚM. 14, 2018, págs. 143-156.

³³² SSTS de 17/03/2011, 18/03/2011 (4) (rcud. 1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010), 03/05/2011, 22/11/2011, 25/01/2012, 23/01/2012, 01/10/2012, 21/03/2013, 24/06/2013, 07/04/2014 y 28/10/2014.

³³³ STS de 18/03/2011 (rcud. 1863/2010).

situación de riesgo durante la lactancia y, por tanto, la denegación de la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social.

Tras la STJUE de 19/10/2017, se admitió la inversión de la carga de la prueba cuando la evaluación de riesgos no se hubiese llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE (determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición). Por tanto, esta evaluación exigía un examen específico de la situación de la trabajadora que tuviera en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo estarían expuestas a un riesgo. Por ello, se afirmaba que no podía tratarse del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador. Esa falta de especificidad, suponía un trato menos favorable para la mujer vinculada a la lactancia, constituyendo una discriminación directa por razón de sexo.

En una segunda etapa, tras esta sentencia del tribunal europeo, el TS cambió su doctrina sobre esta problemática, determinando que la carga de la prueba recaía sobre el empresario, que es quien dispone del principio de facilidad probatoria; teniendo en cuenta además que, entre sus obligaciones preventivas figura no sólo la evaluación general de riesgos, sino también de manera específica, la incidencia que tales riesgos puedan o no tener en la mujer en los supuestos de embarazo y lactancia³³⁴. Este cambio de doctrina, fue avalado por la STJUE de 19/09/2018 *Asunto González Castro C-41/17*, en la que se reiteraba la necesidad de cumplir con el art. 4.1 de la Directiva 92/85/CEE, afirmando que no se trata únicamente de realizar la evaluación de riesgos específica, sino que habrá que hacerlo con el rigor que exige la normativa.

En definitiva, la carga de la prueba se invierte siempre que sea objeto de impugnación por parte de la trabajadora y “se aporten indicios suficientes de la deficiente evaluación de los riesgos”. Por tanto, se presume la existencia de discriminación, para lo que bastará a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales³³⁵.

Aplicando de manera práctica esta doctrina, a modo de ejemplo, para el puesto de trabajo de conductora de transporte sanitario (ambulancia), deberán especificarse en la evaluación, los riesgos concretos que pueden afectar a la salud de la trabajadora por su condición biológica: exposición a agentes biológicos por posible contacto con fluidos biológicos: sangre, esputos, vómitos, etc., de los grupos 2, 3 y 4; sobreesfuerzos; posturas forzadas, manipulación manual de cargas; exposición a vibraciones y trabajo nocturno³³⁶. Otro ejemplo, son los riesgos para la lactancia natural a los que está expuesta una técnica de laboratorio, en cuya evaluación se especifica exposición a agentes químicos etiquetados con: R40, R45, R46, R49, R60, R61, R63 y R68; ácido acético, metanol, etanol y formaldehído. En el mismo sentido, mantiene contacto con

³³⁴ Cambio de doctrina que se puso de manifiesto a raíz de las STS de 26/06/2016 y 11/07/2018.

³³⁵ BENAVENTE TORRES, I., “Riesgo durante...”, op. cit., pág. 71.

³³⁶ SJS nº 33 de Barcelona, de 14/11/2017.

muestras biológicas sin identificar, en los procesos de manipulación y procesamiento. Además, existe riesgo de contagio por transmisión sanguínea de virus VIH y Hepatitis que pueden pasar a la leche materna³³⁷.

En nuestra opinión, es acertado el cambio en la dirección de la doctrina del TS, puesto que en numerosas ocasiones no se realizan evaluaciones de riesgos específicos para la maternidad, concretamente para la lactancia natural. Sino que, es habitual valerse de los mismos riesgos para todos los trabajadores, sin tener en cuenta su estado biológico conocido o su especial sensibilidad a determinados factores de riesgo. La empresa, tras tener conocimiento de la situación biológica concreta, realiza una evaluación de riesgos teniendo en cuenta su estado, sin embargo, en ocasiones utiliza una metodología y sistemática de riesgos idéntica para todos los casos. Cierto es que los riesgos que afectan al común de los trabajadores, serán igualmente lesivos para las trabajadoras embarazadas o lactantes. Sin embargo, el marco normativo se refiere a los riesgos “específicos” para la maternidad, por lo que es necesaria una evaluación subjetiva o personal de cada trabajadora en esa situación. Es fundamental la elaboración de esta evaluación de riesgos “adicional” que el INSST propuso en 2011 y que, siguiendo sus criterios, permite el cumplimiento de la norma y garantizar que se realiza una evaluación teniendo en cuenta los riesgos que, de manera individual, pueden afectar a una trabajadora en concreto, lo que hemos denominado “evaluación subjetiva”.

Por tanto, todo el discurso jurídico en cuanto a la especificidad de los riesgos que afectan a la maternidad se basa tanto en metodología como en el contenido de la evaluación de riesgos, responsabilidad de los servicios de prevención. Para garantizar que las “evaluaciones subjetivas” se realizan y que siguen todos los criterios técnicos legales que tanto el INSS como la jurisprudencia han determinado, el legislador debería propiciar los cambios normativos necesarios al objeto de dotar de recursos al técnico de PRL, para elaborar las evaluaciones en base a criterios únicos y uniformes en cuanto a la valoración específica de los riesgos a los que se encuentra expuesta una trabajadora en situación de maternidad.

B) Riesgos específicos de la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural, como trabajadora especialmente sensible (TES). El riesgo de exposición al SARS-CoV-2

Como ya citábamos en epígrafes anteriores, la empresa tiene la obligación de aplicar la denominada “tutela reforzada” a los TES, que contiene el *estándar de prevención*, al que se le añaden las medidas especiales que se deben adoptar para proteger a estos grupos de trabajadores. Se trata de que la empresa, formando parte de la acción preventiva, contemple actuaciones específicas de protección de

³³⁷ STS de 18/10/2017.

trabajadores que, por su especial sensibilidad, características biológicas, físicas, etc., puedan estar expuestos a mayores riesgos. Como igualmente se ha citado en epígrafes anteriores, con relación al colectivo de trabajadoras en situación de maternidad, la empresa tiene la obligación de identificar y evaluar los riesgos específicos que le afecten por su condición biológica. Asimismo, deberá tener en cuenta su situación concreta, de forma que sean riesgos asociados a la maternidad y al estado de salud o características propias de la trabajadora.

A modo de ejemplo, y como muestra de uno de los riesgos que más está afectando a la sociedad en general y por ende a la población trabajadora, desde el primer trimestre de 2020, analizamos el riesgo de exposición al nuevo coronavirus SARS-CoV-2, –denominado más comúnmente como COVID-19 por consenso internacional– y su relación con el embarazo.

Realmente, se trata de un riesgo externo a la empresa que tiene su origen en la sociedad y que indudablemente afecta a las condiciones de trabajo de toda la población activa. De modo particular afecta a las trabajadoras embarazadas, pues se trata de un grupo vulnerable para la COVID-19, de acuerdo a los datos que comenzó a difundir el Ministerio de Sanidad a comienzos de la pandemia por esta enfermedad³³⁸. Así, la evidencia científica pone de manifiesto que las mujeres embarazadas no presentan mayor riesgo de infección con relación al resto de la población. Sin embargo, sí presentan mayores complicaciones en los casos de infecciones respiratorias víricas, motivo por el que se han considerado grupos de riesgo o vulnerables frente a la COVID-19³³⁹. Con relación a la protección del feto, la evidencia científica no ha podido demostrar que exista transmisión vertical, por lo que no habría paso de la enfermedad de la madre al bebé, siendo improbable las malformaciones del feto³⁴⁰. Llegado el caso, “la infección perinatal puede tener efectos adversos para el recién nacido, como pérdida del bienestar fetal, parto prematuro, distrés respiratorio, trombocitopenia, alteración hepática e incluso muerte”³⁴¹.

³³⁸ El Ministerio de Sanidad determina que, con la evidencia científica disponible a fecha 15 de enero de 2021 (Información científica-técnica sobre el COVID-19, del Ministerio de Sanidad; ECDC; CDC), se definen como grupos vulnerables para COVID-19, las personas con: enfermedad cardiovascular, incluida hipertensión, enfermedad pulmonar crónica, diabetes, insuficiencia renal crónica, inmunodepresión, cáncer en fase de tratamiento activo, enfermedad hepática crónica severa, obesidad mórbida (IMC>40), embarazo y mayores de 60 años (MINISTERIO DE SANIDAD, “Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2”. Enlace: <https://bit.ly/3dlZR5t>).

³³⁹ Los datos que se conocen sugieren que en las embarazadas la infección puede ser desde asintomática a causar serios problemas respiratorios y muerte (SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA (S.E.G.O.), “Recomendaciones para la prevención de la infección y el control de la enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19) en la paciente obstétrica”, 2020, pág. 2).

³⁴⁰ MINISTERIO DE SANIDAD, “Información y pautas generales para mujeres embarazadas en situación de confinamiento”, 2020, pág. 2. Enlace: <https://bit.ly/3dDJTDU>.

³⁴¹ INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), “Actualización en las recomendaciones de la Subdirección General de Coordinación de Unidades Médicas en relación a las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural por posible contacto/infección por la enfermedad por coronavirus COVID-19”, 2020, pág. 2. Enlace: <https://bit.ly/2SZkvim>.

Así, ante el riesgo de exposición de las trabajadoras embarazadas a la COVID-19, el Ministerio de Sanidad definió cuatro niveles de riesgo, diferenciados entre el ámbito sanitario o sociosanitario y el resto de ámbitos laborales. En la siguiente tabla, se pueden observar los diferentes niveles de riesgo, en función de las complicaciones o comorbilidades del propio embarazo, entendida esta última como la coexistencia de dos o más enfermedades en un mismo individuo, generalmente relacionadas; y las medidas preventivas asociadas a cada nivel.

TABLA 2.7. Niveles de riesgo de exposición a la COVID-19 y medidas preventivas durante el embarazo.

NIVELES DE RIESGO DE EXPOSICIÓN A LA COVID-19 Y MEDIDAS PREVENTIVAS DURANTE EL EMBARAZO								
A. Ámbito sanitario o sociosanitario								
Complicaciones o comorbilidades	NO				SÍ			
Niveles de riesgo	NR1	NR2	NR3	NR4	NR1	NR2	NR3	NR4
Medidas preventivas	1	3	3	3	1	4	4	4
Niveles de riesgo:								
<p>NR1: similar a riesgo comunitario. Tareas en áreas no COVID, tanto asistenciales como de soporte estratégico.</p> <p>NR2: entrada en zonas COVID, tareas con pacientes sospechosos o confirmados, manteniendo la distancia de seguridad y sin actuación directa sobre el paciente, por ejemplo, reparto de comida, limpieza, traslado del paciente, etc.</p> <p>NR3: entrada en zonas COVID con asistencia directa a pacientes o intervención directa con casos sospechosos o confirmados, con EPI adecuado y sin mantener la distancia de seguridad, incluida la movilización de pacientes y aseo.</p> <p>NR4: profesionales, sanitarios o no sanitarios, que deben realizar maniobras generadoras de aerosoles (RCP, intubación, extubación, etc.).</p>								
Medidas preventivas:								
<p>1-> No precisa ni adaptación ni cambio de puesto, permanece en su actividad laboral habitual.</p> <p>2-> Continuar actividad laboral. Puede realizar tareas con exposición a pacientes sospechosos o confirmados por COVID-19, con EPI adecuados. No puede realizar maniobras generadoras de aerosoles en pacientes COVID-19.</p> <p>3-> Continuar actividad laboral en zona NO COVID.</p> <p>4-> Precisa cambio de puesto de trabajo y, de no ser posible, tramitar prestación por riesgo durante el embarazo.</p>								

B. Ámbitos no sanitarios o sociosanitarios								
Complicaciones o comorbilidades	NO				SÍ			
	NR1	NR2	NR3	NR4	NR1	NR2	NR3	NR4
Niveles de riesgo								
Medidas preventivas	1	3	3	3	1	4	4	4
<p>NR1: similar a riesgo comunitario, trabajo sin contacto con personas sintomáticas.</p> <p>NR2: trabajo con posibilidad de contacto con personas sintomáticas, manteniendo la distancia de seguridad y sin actuación directa sobre ellas.</p> <p>NR3: asistencia o intervención directa sobre personas sintomáticas, con EPI adecuado y sin mantener la distancia de seguridad.</p> <p>NR4: profesionales no sanitarios que deben realizar maniobras generadoras de aerosoles a personas COVID-19, como por ejemplo RCP.</p> <p>1-> No precisa ni adaptación ni cambio de puesto, permanece en su actividad laboral habitual.</p> <p>2-> Continuar actividad laboral. Puede realizar tareas con exposición a personas sintomáticas con EPI adecuados.</p> <p>3-> Puede continuar actividad laboral sin contacto con personas sintomáticas. Si imposibilidad, tramitar prestación por riesgo durante el embarazo.</p> <p>4-> Precisa cambio de puesto de trabajo y, de no ser posible, tramitar prestación por riesgo durante el embarazo.</p>								

Los datos de la Tabla 2.7 ponen de manifiesto las diferentes medidas que se deben adoptar en las situaciones de maternidad, en función del ámbito laboral y del nivel de riesgo. Estas medidas siguen el mismo esquema que establece el art. 26 LPRL y que se describirán en siguientes epígrafes: evaluación, adaptación, cambio y suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Llegados a este punto, nos planteamos la siguiente cuestión: *¿quién debe determinar el nivel de riesgo y, por tanto, las medidas que se deben aplicar a las trabajadoras embarazadas?* La respuesta por parte de las autoridades sanitarias es clara: el servicio de prevención de riesgos laborales, a través de la especialidad de Medicina del Trabajo. Cuestión que, a pesar de la inequívoca y contundente respuesta del Ministerio de Sanidad, deja lugar a dudas y diferentes interpretaciones dentro de los servicios de prevención. Así, no podemos olvidar que se trata de un riesgo totalmente ajeno y externo a la empresa, que se introduce en la misma a través de los trabajadores o visitantes y sobre el que no se tiene el control absoluto. No se trata, por tanto, de un riesgo laboral como el resto que pueda originarse en cualquier ambiente de trabajo, fácilmente identificable, evaluable y controlable. Por ello, desde el ámbito competencial de los servicios de prevención, no se pueden adoptar determinadas medidas que se deberían tener en

consideración desde otros ámbitos, como salud pública, emergencias sanitarias o epidemiología laboral.

Aplicando las disposiciones sobre las trabajadoras embarazadas, el Ministerio de Sanidad, determina que el servicio sanitario del SPRL debe: 1) evaluar la presencia de trabajadoras embarazadas con relación a la infección por COVID-19, determinado el nivel de riesgo concreto. Esta evaluación, es la única actividad técnica que podrá servir de base para tomar las decisiones técnico preventivas adaptadas a cada caso; y 2) emitir informe sobre las medidas de prevención, adaptación y protección. Para ello, tendrá en cuenta la existencia o inexistencia de unas condiciones que permitan realizar el trabajo sin elevar el riesgo propio de la condición de salud de la trabajadora. En nuestra opinión, es muy beneficioso la existencia de un marco preventivo común para todo ámbito laboral, que evita la generación de desigualdades entre empresas con un mismo nivel de riesgo. Sin embargo, deja poco margen de actuación a los servicios de prevención, puesto que no permite valoraciones específicas e individualizadas de cada caso. Es decir, el personal técnico y el médico del trabajo se encuentra muy encorsetado para la realización de esta evaluación concreta, no pudiendo tomar decisiones que redunden en una mejor protección de la trabajadora embarazada.

C) Tipos de evaluaciones de riesgos laborales aplicables a la maternidad

La clasificación general de evaluaciones riesgos, adaptada al caso concreto de protección de la maternidad, nos permite ordenar los tipos de informes específicos que se deben elaborar³⁴²:

- 1. Evaluación de riesgos inicial:** que se deberá realizar con carácter general y cumpliendo lo preceptuado en el art. 16 LPRL, con independencia de que el puesto de trabajo esté ocupado o no por una mujer embarazada, en parto reciente o en situación de lactancia natural. Sin embargo, la evaluación deberá contemplar la posibilidad de que ese puesto pueda estar ocupado por una mujer en las situaciones biológicas mencionadas³⁴³. Por ello, en estas evaluaciones genéricas del puesto se deben determinar los riesgos y las tareas concretas que no pueden ser realizadas por mujeres embarazadas o durante la lactancia materna³⁴⁴. En todo caso, esta evaluación sería recomendable que contuviera un cuestionario sobre las exposiciones prohibidas (anexos VII y VII RSP), puesto

³⁴² INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), "Directrices para la evaluación..." op. cit., págs. 12, 13 y 17.

³⁴³ De acuerdo al art. 4.1.b) RSP.

³⁴⁴ MORENO SOLANA, A., "La prevención de riesgos laborales...", op. cit., pág. 207.

que éstas pueden provocar un desprendimiento de la placenta, o pueden poner en peligro la vida de la mujer embarazada y del feto³⁴⁵.

En nuestra opinión, no son válidos los argumentos que afirman que el empresario no está obligado a incluir en la evaluación inicial consideraciones sobre riesgos laborales que puedan afectar a la maternidad, hasta que no tenga conocimiento de un embarazo real de una mujer que esté ocupando el puesto de trabajo en cuestión³⁴⁶. A tal efecto, debe recordarse que el art. 4.2 de la Directiva 92/85/CEE se refiere igualmente a las trabajadoras que en un futuro “puedan encontrarse en una de las situaciones citadas”. Así, debe quedar claro que esta obligación del empresario no puede enmascararse aduciendo que un determinado puesto de trabajo sólo podrá estar ocupado por un hombre, puesto que supondría una discriminación en base al art. 14 CE³⁴⁷.

2. **Evaluación de riesgos periódica y de revisión³⁴⁸**: que deberá realizarse cuando concurren algunas de las causas citadas anteriormente: 1) que así disponga una disposición específica; 2) que así se haya planificado en la evaluación inicial (con la periodicidad que se acuerde entre la empresa y los representantes de los trabajadores) y siempre teniendo en cuenta “el deterioro por el transcurso del tiempo de los elementos que integran el proceso productivo”; 3) que haya un cambio en las condiciones de trabajo; 4) que se introduzcan nuevos equipos de trabajo, sustancias o preparados químicos o nuevas tecnologías; y 5) que se hayan producido daños a la salud de los trabajadores).
3. **Evaluación de riesgos adicional**: que el empresario deberá realizar cuando tenga conocimiento de que una mujer embarazada, en parto reciente o durante la lactancia natural ocupa un puesto de trabajo con riesgo, por lo que estará condicionada a este hecho concreto³⁴⁹. Todo ello con independencia de la forma en la que el empresario tenga conocimiento de esta situación³⁵⁰. Esta evaluación se justifica en base a la especificidad de la misma, en tanto que la evaluación inicial puede ser insuficiente para la adopción de medidas preventivas eficaces, puesto que en ese momento se desconocen las particularidades personales de la

³⁴⁵ MOLINA VEGA, J., MARTÍNEZ PÉREZ, E., “Perspectiva jurídico laboral de la vigilancia de la salud durante la maternidad: puntos críticos”, *Revista de la Sociedad Española de Medicina y Seguridad del Trabajo*, Vol. 2, núm. 4, 2007, págs. 164-165.

³⁴⁶ MELLA MÉNDEZ, L., “Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, pág. 1213.

³⁴⁷ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 208, en referencia a TUDELA CAMBRONERO, G., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Ley de prevención de riesgos laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancia, doctrina”, *Colex*, 2002, pág. 271.

³⁴⁸ Art. 6 RSP.

³⁴⁹ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 214.

³⁵⁰ Véase epígrafe 2.6 de este *Capítulo*: “La necesaria comunicación de la situación de embarazo al empresario”.

mujer trabajadora. Puede darse el supuesto en el que la evaluación inicial detectara riesgos que no fueran lesivos para la maternidad y que, sin embargo, en la evaluación adicional se descubrieran riesgos para una determinada trabajadora en base a sus antecedentes fisiológicos, psicológicos o físicos³⁵¹.

Con esta evaluación, se debe dibujar el “perfil de riesgo individual” de la mujer trabajadora según sus “condiciones físicas, mentales y sociales y de la naturaleza, grado y duración de la exposición, la existencia de exposiciones combinadas y el procedimiento real de trabajo” entre otras consideraciones, lo que muchos autores califican como “riesgos subjetivos”³⁵². Los riesgos de un mismo puesto de trabajo pueden afectar de manera diferente a cada mujer durante el embarazo o la lactancia³⁵³. Por ello, habrá que realizar una evaluación específica y concreta por cada mujer embarazada o durante la lactancia, en función del momento del ciclo biológico en el que se encuentre, teniendo en cuenta las circunstancias personales de cada trabajadora individualmente considerada³⁵⁴. Esta evaluación adicional de carácter específica, complementa y refuerza a la evaluación inicial³⁵⁵.

“Es importante realizarla desde una actuación coordinada entre las áreas médica y técnica del servicio de prevención”³⁵⁶. No debe ser un hecho puntual y concreto en el tiempo, sino que deberá realizarse las veces que sea necesario en función de los cambios que se puedan producir tanto en las condiciones de trabajo como en la salud de la mujer o su feto o hijo durante el embarazo, postparto y la lactancia³⁵⁷. Por ello, se puede hablar de “monitorización constante de los riesgos”, debiendo estar “permanentemente relacionada con la situación médico-obstétrica de la trabajadora”³⁵⁸.

En la evaluación se deberán indicar aquellos riesgos específicos del puesto de trabajo con relación al estado biológico de la trabajadora. Así, se pueden establecer medidas preventivas específicas para evitar la exposición de la

³⁵¹ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 103.

³⁵² Por todos, MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M., “Maternidad y salud laboral”, Tirant Lo Blanch, 2000, pág. 43.

³⁵³ BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., pág. 73.

³⁵⁴ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., págs. 208-209.

³⁵⁵ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 97.

³⁵⁶ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Directrices para la evaluación...” op. cit., pág. 13.

³⁵⁷ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Directrices para la evaluación...” op. cit., pág. 13.

³⁵⁸ BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit., pág. 36.

mujer indicando, por ejemplo, para el caso del puesto de trabajo de cuidadora, que no pueden levantar pesos y tampoco tener contactos con pacientes agresivos³⁵⁹.

Sobre la forma en la que debe llevarse a cabo esta evaluación, la jurisprudencia emanada del TS en 2011, ha entendido que el art. 26 LPRL no define de forma concreta las contingencias de riesgo durante el embarazo y la lactancia, pero sí ofrece algunos elementos que permiten su caracterización. En primer lugar, los factores de riesgo (exposición de las trabajadoras a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto), “han de concurrir de manera concreta y efectiva en el trabajo desempeñado”, pudiendo ser distintos para el embarazo o para la lactancia. En segundo lugar, debe ser un riesgo específico, es decir, “relevante para la salud de las personas protegidas (la madre y/o del bebé), que: a) se presenta solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelve; y b) que afecta también de manera particular a la situación de lactancia natural”³⁶⁰.

Por tanto, son tres las características de estos riesgos: concreción, efectividad y especificidad para la maternidad, términos que permiten definir la contingencia protegida como “aquella actividad en la que la trabajadora está obligada a exponerse a factores particulares de peligro para su salud o la del lactante que no han podido ser contrarrestados en el centro de trabajo mediante actuaciones preventivas, y que habrían de ser evitados por prescripción facultativa en cualquier situación de la vida cotidiana”³⁶¹.

Una evaluación específica en este sentido implica “conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición del trabajador al riesgo, así como del seguimiento que se haya hecho de la existencia de los mismos para conocer su relevancia en relación con la situación de lactancia natural”³⁶². Es decir, no basta la existencia de unos riesgos genéricos, sino que se necesita una especificidad de los mismos en relación con la actividad concreta del puesto y una especificidad de su incidencia en la madre lactante, no en otra situación distinta, como el embarazo³⁶³.

La evaluación, por tanto, debe ser específica con relación al puesto de trabajo poniéndola en consonancia con el embarazo o la situación de lactancia natural, lo que implica un análisis de la naturaleza, grado, y duración de la

³⁵⁹ STSJ de Navarra de 27/03/2002 F.J. 2º.

³⁶⁰ STS de 18/03/2011.

³⁶¹ STS de 17/03/2011.

³⁶² STS de 17/03/2011.

³⁶³ STSJ de Asturias de 29/11/2013; STSJ de Galicia de 07/04/2015; STSJ de Madrid de 30/01/2017.

exposición de la trabajadora. “Una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora”³⁶⁴.

El TS concluye que en la “ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural” no procede el percibo de la prestación por riesgo durante la lactancia natural puesto que “no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia”, tal y como se recoge en el art. 26 LPRL en conexión con el art. 16 LPRL. Ello, “impediría a su vez conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación”, por lo que, si no se produce una de las previsiones del artículo 26 LPRL, no se produciría la suspensión del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 48.5 del Estatuto de los Trabajadores³⁶⁵.

Con relación al tiempo de trabajo, en concreto, al sistema de turnos, distribución horaria y trabajos nocturnos (art. 26. 1 final LPRL), los pronunciamientos judiciales no los consideran factores de riesgo para la maternidad puesto que, entre otros motivos, no se contemplan en el RSP (Anexos VII y VIII). En todo caso, deberían darse las circunstancias necesarias para que fueran así considerados en cada supuesto particular, por lo que no pueden aducirse como una de las causas para el percibo de una prestación concreta, aunque en la evaluación de riesgos se recomendara la no realización de trabajos nocturnos o a turnos y que los mismos no sobrepasaran las ocho horas, por lo que no se consideraba el sistema de turnos del tiempo de trabajo como factor de riesgo a considerar³⁶⁶.

Sobre esta última resolución, entendemos que si un factor de riesgo concreto, no aparece regulado como tal en el RSP, no debería ser motivo para afirmar que no puede suponer un riesgo concreto para la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural, y ello por dos motivos que consideramos básicos: 1) los anexos VII y VIII del RSP se refieren literalmente a “listas no exhaustivas”, que no agotan ni enumeran todos los factores de riesgo posibles, puesto que hay situaciones que pueden ser consideradas por la comunidad científica como nocivos para la reproducción y que, en cambio, no están incluidos en el RSP; y 2) en la propia exposición de motivos del Real Decreto 298/2009 se afirma que uno de las causas del retraso en la transposición de los anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE al

³⁶⁴ STS de 22/11/2011.

³⁶⁵ SSTs de 23/01/2012 y 17/03/2011. Véase comentarios sobre esta última en NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., “Políticas de tutela...”, op. cit., págs. 46-50.

³⁶⁶ Por todas SSTs de 01/10/2012, 07/04/2014 y 28/10/2014.

Ordenamiento jurídico interno fue que regular por norma estas listas no exhaustivas “podía inducir a pensar erróneamente que sólo debían evaluarse los riesgos y adoptarse medidas respecto de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo incluidos en esos anexos”. Por ello, entendemos que se debe analizar el caso concreto para determinar si el trabajo nocturno o a turnos es perjudicial para la trabajadora, basándonos en su incidencia específica –riesgo concreto y específico– sobre la mujer embarazada o lactante.

La STJUE de 19/09/2018 *Asunto González Castro C-41/17*, ya citada en apartados anteriores, sobre la situación en la que una trabajadora en situación de lactancia natural realiza un trabajo a turnos en el que sólo una parte de sus funciones son desempeñadas en horario nocturno, considera que “las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia con trabajo a turnos desempeñado parcialmente en horario de noche, realizan un trabajo nocturno y tienen derecho a la protección específica contra los riesgos que este trabajo puede presentar”. A tal efecto, para poder beneficiarse de esta protección en el marco del trabajo nocturno, “la trabajadora debe presentar un certificado médico que dé fe de la necesidad de ello desde el punto de vista de su seguridad o su salud”^{367 368}.

En particular, siguiendo este hilo de opinión argumental, el TS analizó el tiempo de trabajo como factor de riesgo para la lactancia de las tripulantes en cabina de pasajeros de avión, admitiendo como riesgo para la lactancia el régimen de turnos al que están sometidas dichas tripulantes, puesto que el sistema de turnos y la distribución horaria y el lugar de la prestación de servicios en vuelo impiden el desarrollo normal de la lactancia natural, así como la extracción de la leche materna para su posterior conservación por falta de espacio adecuado y las insuficientes instalaciones frigoríficas en las aeronaves³⁶⁹. Por tanto, el riesgo puede apreciarse cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, pero siempre y cuando la incompatibilidad de la “toma” directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche. En cualquier caso, habría de

³⁶⁷ Véase Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 26 de abril de 2018, sobre el Asunto C-41/17 (Isabel González Castro contra Mutua Umivale, Prosegur España, S.L., INSS). En éstas, se subraya la necesidad de que se lleve a cabo una evaluación específica de las circunstancias concretas de cada trabajadora, cosa que no se hizo en este caso. La ausencia de ésta revela un trato menos favorable a una mujer vinculado a la lactancia, embarazo o al permiso de maternidad. Señala que la práctica nacional habitual española parece consistir en que, cuando el manual de la Asociación Española de Pediatría no reconoce que un puesto de trabajo específico entrañe un riesgo para la lactancia, la solicitud de certificado médico de la trabajadora se rechaza automáticamente. Según la Abogada General, este enfoque es contrario a la Directiva. Es obvio que el legislador europeo decidió que el trabajo nocturno presenta un riesgo.

³⁶⁸ Véase NAVARRO NIETO, F., “Riesgos laborales por lactancia natural y discriminación por razón de sexo: novedades en la jurisprudencia”, Diario La Ley núm. 9287, de 26 de octubre de 2018, Wolters Kluwer.

³⁶⁹ BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., págs. 85-86 en comentario sobre las SSTs de 21/03/2013, 24/04/2012, 21/06/2012 y 22/11/2012.

acreditarse que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante. Asimismo, el riesgo para la salud de la madre se refiere a la “mastitis” o la propia subsistencia de la lactancia natural (“inhibición definitiva de la leche”); sin que sea necesario un riesgo específico para la salud del lactante (por el riesgo de que por la lactancia se transmitan patologías que puedan afectar su salud)³⁷⁰. En estos supuestos, el tiempo de trabajo y la forma de ejercerlo, si se considera factor de riesgo con relación a la lactancia natural.

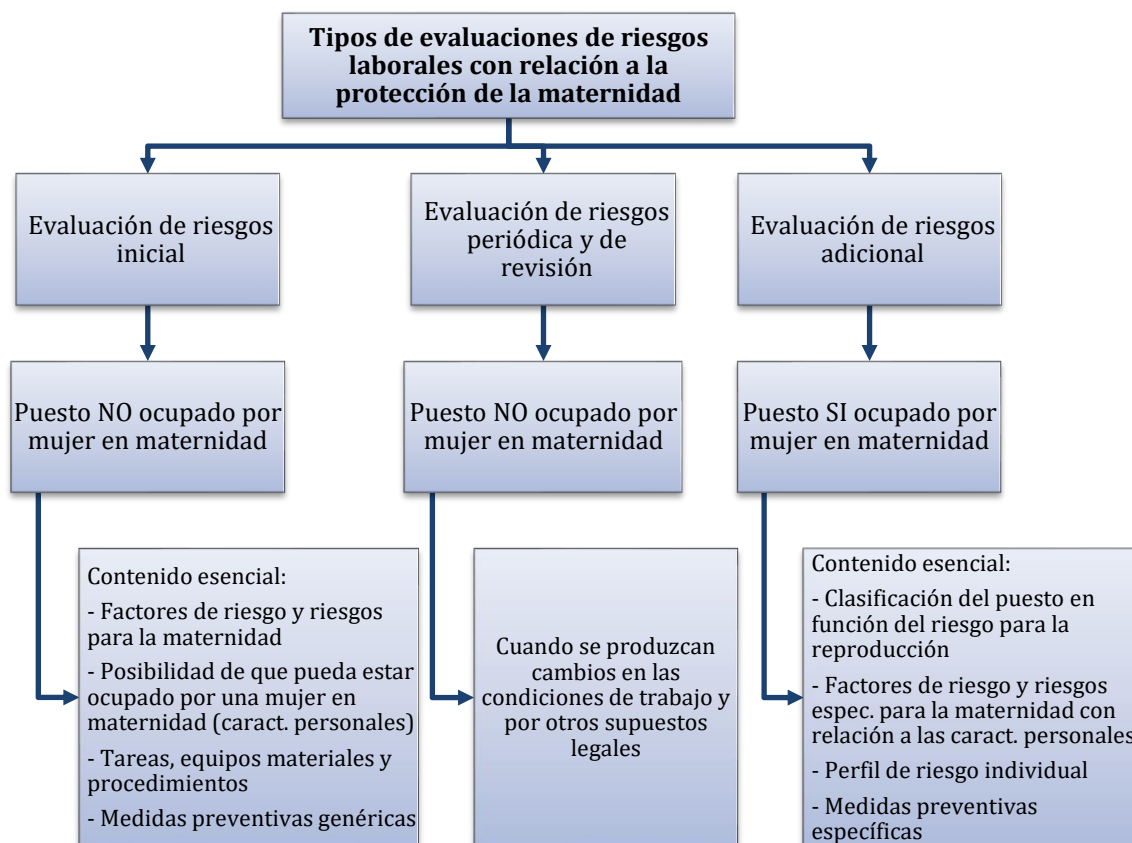


FIGURA 2.1. Esquema general con la clasificación de las evaluaciones de riesgos laborales con relación a la protección de la maternidad.

D) Etapas en el proceso de evaluación de riesgos laborales

El proceso de evaluar los riesgos laborales, considerado como un examen sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional, con objeto de determinar

³⁷⁰ STS de 21/03/2013. LABORATORIO OBSERVATORIO DE CONDICIONES DE TRABAJO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO (LAOGEN), “Boletín informativo nº 2/2013”, Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, págs. 2-3.

las causas probables de lesiones o daños y establecer la manera de controlarlas a fin de eliminar o reducir los riesgos, se ejecuta a través de las etapas siguientes³⁷¹:

1. **Identificación de peligros:** como son los agentes físicos, químicos, biológicos; procedimientos industriales, movimientos y posturas, carga de trabajo, etc. En nuestro caso, nos centramos en aquellos que puedan afectar especialmente a la reproducción, maternidad o lactancia. Pueden pertenecer a una de estas tres categorías: 1) estar incluidos en los anexos VII y VIII del RSP (son riesgos conocidos, fácilmente detectables y hay abundante documentación científica); 2) ser considerados por la comunidad científica como nocivos para la reproducción o ser sospechosos de serlo; y 3) estar presente en el entorno laboral de una trabajadora que presenta una alteración de la reproducción. Estas dos últimas categorías no vienen recogidas en la normativa, por lo que precisan que los servicios de prevención tengan un conocimiento científico exhaustivo y estén permanentemente actualizados con relación a los peligros potenciales que pudieran afectar a la maternidad en el entorno laboral³⁷².

En esta tarea por identificar los peligros potenciales de la mujer trabajadora, nos referimos a la Comunicación COM (2000) 466 final de la Comisión, de 05/10/2000³⁷³. En la misma, se recogen estos peligros específicos con indicación de los riesgos asociados y la forma de hacerles frente, estableciendo ejemplos de medidas preventivas específicas al respecto. Clasifica los peligros en: 1) riesgos generales y situaciones asociadas; 2) agentes físicos; 3) agentes biológicos; 4) agentes químicos; y 5) condiciones de trabajo. En nuestra opinión, es un documento muy útil para la acción preventiva del empresario, puesto que ofrece herramientas y propuestas de medidas preventivas concretas para adaptar el trabajo a la mujer embarazada, en parto reciente o durante la lactancia natural.

Sobre el contenido de los anexos VII y VIII RSP, es preciso recordar que fueron incluidos por el Real Decreto 298/2009, por el que se transponía al Ordenamiento jurídico español los anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE³⁷⁴ 375.

³⁷¹ Comunicación COM (2000) 466 final de la Comisión, de 05/10/2000, pág. 6. Sobre el contenido de estas fases y su interpretación por el TJUE, véase STJUE de 19/10/2017, *Asunto Otero Ramos C-531/15*.

³⁷² INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), "Directrices para la evaluación..." op. cit., pág. 13.

³⁷³ Véase análisis sobre la misma en FRANCO GONZÁLEZ, J., "Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (en aplicación de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo). Comentarios a la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007, págs. 287-298.

³⁷⁴ La Directiva 92/85/CEE, se transpuso al Ordenamiento jurídico español a través de la LPRL, principalmente por su art. 26, modificado por la LCVFL y la LOIMH. Sin embargo, los anexos I y II de la norma europea no se transpusieron con el resto de su contenido, sino que hubo que esperar hasta la aprobación del RD 298/2009 para que se incluyeran, en este caso, en el RSP. La exposición de motivos de esta última norma justificaba este retraso de años en que los citados anexos incluían relaciones no exhaustivas, lo que "podía inducir a pensar erróneamente que sólo debían evaluarse los riesgos y adoptarse medidas respecto de los agentes,

Se trata de listas abiertas pero que, sin embargo, permiten un mayor conocimiento al respecto y proporciona cierta seguridad jurídica, sirviendo de referencia mínima orientativa³⁷⁶. En las tablas 2.5 y 2.6 de este *Capítulo*, se recogen ambos anexos europeos que tienen un contenido “prácticamente idéntico” en algunos de sus apartados. Sin embargo, debido a la importancia de sus contenidos para las propias evaluaciones de riesgos, a su contenido más riguroso y específico, mencionando la normativa nacional, se reproduce su contenido de forma extendida y ampliada en las Tablas 2.8 y 2.9.

TABLA 2.8. Reglamento de los Servicios de Prevención (Anexo VII).

LISTA NO EXHAUSTIVA DE AGENTES, PROCEDIMIENTOS Y CONDICIONES DE TRABAJO QUE PUEDEN INFLUIR NEGATIVAMENTE EN LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS O EN PERÍODO DE LACTANCIA NATURAL, DEL FETO O DEL NIÑO DURANTE EL PERÍODO DE LACTANCIA NATURAL	
A. Agentes	
Agentes físicos	<p>Cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Choques, vibraciones o movimientos³⁷⁷. b) Manutención manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares. c) Ruido³⁷⁸. d) Radiaciones no ionizantes.

procedimientos y condiciones de trabajo incluidos en esos anexos”. Fue la LOIMH la que estableció en su Disposición final tercera, un mandato al Gobierno para que en el plazo de seis meses incorporara los anexos de la norma europea al Ordenamiento jurídico español, hecho que tuvo lugar finalmente dos años después. Por último, se justifica la inclusión de los anexos en el RSP porque se trata de “la norma más idónea para ello, ya que contiene las disposiciones de carácter general relativas a la evaluación de riesgos en el trabajo”. En nuestra opinión, tendría un mejor encaje en la LPRL, que es la norma que establece el marco general de protección de la maternidad en materia de seguridad y salud laboral.

³⁷⁵ Anexos que se modificaron a consecuencia del nuevo sistema para la clasificación y el etiquetado de sustancias y mezclas dentro de la UE (Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008), por el Real Decreto 598/2015, de 3 de julio, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención; el Real Decreto 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo; el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo y el Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo.

³⁷⁶ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 206. SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 100.

³⁷⁷ “La exposición frecuente a choques (golpes violentos y bruscos) o a vibraciones de baja frecuencia, por ejemplo, conducir o desplazarse en vehículos todo terreno, o un movimiento excesivo pueden aumentar el riesgo de aborto. La exposición prolongada a vibraciones en todo el cuerpo puede aumentar el riesgo de parto prematuro de bajo peso del recién nacido”. (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit., pág. 39).

³⁷⁸ “Una exposición prolongada del feto a niveles de ruido elevados durante la gestación puede afectar posteriormente al oído”. (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit., pág. 39).

LISTA NO EXHAUSTIVA DE AGENTES, PROCEDIMIENTOS Y CONDICIONES DE TRABAJO QUE PUEDEN INFLUIR NEGATIVAMENTE EN LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS O EN PERÍODO DE LACTANCIA NATURAL, DEL FETO O DEL NIÑO DURANTE EL PERÍODO DE LACTANCIA NATURAL	
	<p>e) Frío y calor extremos.</p> <p>f) Movimientos y posturas, desplazamientos, tanto en el interior como en el exterior del centro de trabajo, fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.</p>
Agentes biológicos	<p>Agentes biológicos de los grupos de riesgo 2, 3 y 4, según la clasificación de los agentes biológicos establecida en el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, en la medida en que se sepa que dichos agentes o las medidas terapéuticas que necesariamente traen consigo ponen en peligro la salud de las trabajadoras embarazadas o del feto y siempre que no figuren en el anexo VIII. Son los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>Agente biológico del grupo 2</u>: aquel que puede causar una enfermedad y puede suponer un peligro para los trabajadores, siendo poco probable que se propague a la colectividad y existiendo generalmente profilaxis o tratamiento eficaz. 2. <u>Agente biológico del grupo 3</u>: aquel que puede causar una enfermedad grave y presenta un serio peligro para los trabajadores, con riesgo de que se propague a la colectividad y existiendo generalmente una profilaxis o tratamiento eficaz. 3. <u>Agente biológico del grupo 4</u>: aquel que causando una enfermedad grave supone un serio peligro para los trabajadores, con muchas probabilidades de que se propague a la colectividad y sin que exista generalmente una profilaxis o un tratamiento eficaz.
Agentes químicos	<p>Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, del feto o del niño durante el período de lactancia natural y siempre que no figuren en el anexo VIII:</p> <p>a) Las sustancias etiquetadas como H340, H341, H350, H351, H361, H371, H361d, H361f, H350i y H361fd por el Reglamento (CE) nº 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas. A saber:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ H340: puede provocar defectos genéticos. ▪ H341: se sospecha que provoca defectos genéticos. ▪ H350: puede provocar cáncer. ▪ H351: se sospecha que provoca cáncer. ▪ H361: se sospecha que puede perjudicar a la fertilidad o dañar al feto. ▪ H371: puede perjudicar a determinados órganos. ▪ H361f: se sospecha que perjudica a la fertilidad. ▪ H350i: puede provocar cáncer por inhalación. ▪ H361fd: se sospecha que perjudica a la fertilidad. Se sospecha que daña al feto. <p>b) Los agentes químicos que figuran en los anexos I y III del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. A saber: 1) auramina; 2)</p>

LISTA NO EXHAUSTIVA DE AGENTES, PROCEDIMIENTOS Y CONDICIONES DE TRABAJO QUE PUEDEN INFLUIR NEGATIVAMENTE EN LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS O EN PERÍODO DE LACTANCIA NATURAL, DEL FETO O DEL NIÑO DURANTE EL PERÍODO DE LACTANCIA NATURAL	
	<p>hidrocarburos aromáticos policíclicos presentes en el hollín, el alquitrán o la brea de hulla; 3) polvo, humo y nieblas producidas durante la calcinación y el afinado eléctrico de las matas de níquel; 4) ácido fuerte en la fabricación de alcohol isopropílico; 5) polvo de maderas duras; 6) benceno; 7) cloruro de vinilo monómero; 8) polvo respirable de sílice cristalina generado en un proceso de trabajo; 9) compuestos de cromo VI; 10) fibras cerámicas refractarias;; 11) óxido de etileno; 12) 1,2-epoxipropano; 13) acrilamida; 14) 2-Nitropropano; 15) o-Toluidina; 16) 1,3-Butadieno; 17) hidracina; y 18) bromoetileno³⁷⁹.</p> <p>c) Mercurio y derivados³⁸⁰.</p> <p>d) Medicamentos antimitóticos³⁸¹.</p> <p>e) Monóxido de carbono.</p> <p>f) Agentes químicos peligrosos de reconocida penetración cutánea.</p>
B. Procedimientos	
Procedimientos industriales que figuran en el anexo I del Real Decreto 665/1997	<ol style="list-style-type: none"> 1. Fabricación de auramina. 2. Trabajos que supongan exposición a los hidrocarburos aromáticos policíclicos presentes en el hollín, el alquitrán o la brea de hulla. 3. Trabajos que supongan exposición al polvo, al humo o a las nieblas producidas durante la calcinación y el afinado eléctrico de las matas de níquel. 4. Procedimiento con ácido fuerte en la fabricación de alcohol isopropílico. 5. Trabajos que supongan exposición a polvo de maderas duras. 6. Trabajos que supongan exposición al polvo respirable de sílice cristalina generado en un proceso de trabajo³⁸².
B. Condiciones de trabajo	
Condiciones de trabajo	Trabajos de minería subterráneos.

³⁷⁹ Los agentes químicos con números 8) a 18) fueron añadidos por el Real Decreto 1154/2020, de 22 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.

³⁸⁰ “Los compuestos orgánicos de mercurio pueden tener efectos nocivos para el feto. El mercurio orgánico pasa a la leche materna, por lo que, en el caso que la madre haya sufrido una exposición importante antes y durante su embarazo, puede suponer riesgo para el recién nacido. Hay riesgo en embarazo y lactancia por afectación de feto o de recién nacido”. (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit., pág. 39).

³⁸¹ “Los medicamentos antimitóticos pueden alterar, a largo plazo, la información genética del esperma y de los óvulos. (...). Una trabajadora embarazada que prepare soluciones para medicamentos antineoplásicos debe ser transferida a otro puesto. Hay riesgo durante embarazo y lactancia”. (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit., pág. 41).

³⁸² Añadido por el Real Decreto 1154/2020, de 22 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.

Conviene precisar que, según lo establecido en la Tabla 2.8, el legislador no prohíbe el trabajo de la mujer ante la presencia de estos agentes, procedimientos y condiciones de trabajo, sino que la intención es dar a conocerlos en base a las evidencias científicas en esta materia, de forma que se sepa cuáles pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora, del feto o del recién nacido y/o lactante. Esta información es muy válida para el técnico de prevención, puesto que se trata de una herramienta que permite dotarlo del poder de decisión ante las medidas preventivas que se deben adoptar.

Sobre el contenido de esta tabla, se debe aclarar que no hay referencia alguna a “las condiciones de trabajo”, como así ocurría en el anexo I de la Directiva 92/85/CEE, lo que en principio y sin mayor información al respecto, podríamos considerarlo como un error de transcripción del texto, debiendo incluirse como condición de trabajo, los “trabajos de minería subterráneos”³⁸³. Sin embargo, tras consulta dirigida a la Dirección General de Empleo (Secretaría de Estado de Empleo) del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2018), se nos informó que no se trataba de un error, sino de una omisión voluntaria. La motivación fue la siguiente: *“Durante la tramitación del Real Decreto, el Ministerio de Sanidad y Consumo (coproponente de la norma), así como algunos agentes sociales, solicitaron que los trabajos de minería no se incluyesen en el anexo VII, pero se mantuviesen en las dos partes A (trabajadoras embarazadas) y B (trabajadoras en período de lactancia) del anexo VIII, con objeto de aumentar el nivel de protección de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural. De manera equivalente, y también con objeto de aumentar el nivel de protección de las trabajadoras embarazadas, las radiaciones ionizantes, que en la directiva se incluyen en el anexo I, y no en el anexo II, en la norma española se incluyen en el anexo VIII y no en el anexo VII”*. Continúa el informe indicando que *“en todo caso, tanto la lista del anexo VII como la del anexo VIII son listas no exhaustivas, por lo que para el cumplimiento de las obligaciones en relación con 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 período de lactancia, deberán tenerse en cuenta los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo incluidos en las listas y, dado el carácter de no exhaustivas de estas, cualesquiera otros que puedan presentarse, de conformidad con lo dispuesto en el propio real decreto”*³⁸⁴.

³⁸³ Diversos autores estiman que se trata de un error de transcripción. Entre otros, VELASCO PORTERO, M.T., “La específica protección de la mujer en la prevención de riesgos laborales”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 18, núm. 2, 2009, pág. 300; y CAIRÓS BARRETO, D.M., “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia”, *Lan harremanak. Revista de relaciones laborales*, núm. 23, 2010, pág. 97.

³⁸⁴ Informe de fecha de 15/02/2018, firmado por la Subdirectora General de Ordenación Normativa del entonces Ministerio de Empleo y Seguridad Social, D^a. Consolación Rodríguez Alba, ante la petición formulada en fecha de 07/02/2018.

TABLA 2.9. Reglamento de los Servicios de Prevención (Anexo VIII).

LISTA NO EXHAUSTIVA DE AGENTES Y CONDICIONES DE TRABAJO A LOS CUALES NO PODRÁ HABER RIESGO DE EXPOSICIÓN POR PARTE DE TRABAJADORAS EMBARAZADAS O EN PERÍODO DE LACTANCIA NATURAL		
A. Trabajadoras embarazadas		
Agentes	Agentes físicos	a) Radiaciones ionizantes ³⁸⁵ . b) Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo, en locales a presión, submarinismo ³⁸⁶ .
	Agentes biológicos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Toxoplasma. ▪ Virus de la rubéola. Salvo si existen pruebas de que la trabajadora embarazada está suficientemente protegida contra estos agentes por su estado de inmunización.
	Agentes químicos	a) Las sustancias etiquetadas como H360, H360D, H360F, H360FD, H360Fd, H360Df y H370 por el Reglamento (CE) nº 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas. A saber: <ul style="list-style-type: none"> ▪ H360: puede perjudicar a la fertilidad o dañar al feto. ▪ H360D: puede dañar al feto. ▪ H360F: puede perjudicar a la fertilidad. ▪ H360FD: puede perjudicar a la fertilidad. Puede dañar al feto. ▪ H360Fd: puede perjudicar a la fertilidad. Se sospecha que daña al feto. ▪ H360Df: puede dañar al feto. Se sospecha que perjudica a la fertilidad. ▪ H370: perjudica a determinados órganos. b) Las sustancias cancerígenas y mutágenas, de categoría 1A y 1B incluidas en la parte 3 del Anexo VI del Reglamento (CE) nº 1272/2008, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas. A saber: c) Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.
Condiciones de trabajo		Trabajos de minería subterráneos.
B. Trabajadoras en período de lactancia		
Agentes	Agentes químicos	a) Las sustancias etiquetadas como H362 por el Reglamento (CE) nº 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado

³⁸⁵ “La exposición a las radiaciones ionizantes conlleva riesgos para el feto. También es preciso considerar la posible exposición del recién nacido a través de la leche materna”. (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit, pág. 39).

³⁸⁶ “Se desconoce si las embarazadas tienen mayor riesgo de verse afectadas por el trabajo en atmósferas de sobrepresión, aunque es posible que afecten al feto. Las trabajadoras embarazadas no deben trabajar en un entorno de aire comprimido. No existe ninguna razón fisiológica que impida a una mujer en período de lactancia trabajar en estas condiciones. Se aconseja a las embarazadas que no practiquen el submarinismo durante la gestación debido a los posibles efectos negativos del ambiente de sobrepresión elevado en el feto”. (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit, pág. 39).

LISTA NO EXHAUSTIVA DE AGENTES Y CONDICIONES DE TRABAJO A LOS CUALES NO PODRÁ HABER RIESGO DE EXPOSICIÓN POR PARTE DE TRABAJADORAS EMBARAZADAS O EN PERÍODO DE LACTANCIA NATURAL		
		<p>y envasado de sustancias y mezclas. A saber: puede perjudicar a los niños alimentados con leche materna.</p> <p>b) Las sustancias cancerígenas y mutágenas, de categoría 1A y 1B incluidas en la parte 3 del Anexo VI del Reglamento (CE) nº 1272/2008, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.</p> <p>c) Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.</p>
Condiciones de trabajo	Trabajos de minería subterráneos.	

En cuanto a la Tabla 2.9, el legislador identifica los agentes y las condiciones de trabajo sobre las que no puede haber exposición alguna, lo que se puede traducir en una prohibición del trabajo cuando la trabajadora pueda recibir la acción de esos elementos. En este caso, los contenidos se estructuran en base a las trabajadoras embarazadas y las trabajadoras en período de lactancia.

En esta labor de identificación de peligros, se debe poner en valor el trabajo del INSST, que publicó en 2011 el documento que contiene las “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”, herramienta muy útil para el profesional de la prevención^{387 388}. En su parte II, contiene en formato fichas, los agentes presentes en el lugar de trabajo que deben tenerse en cuenta para realizar la evaluación del puesto de la mujer embarazada, parto reciente o lactancia natural. En cada ficha se determinan los factores de riesgo, sus consecuencias y las medidas preventivas que se deben aplicar. Asimismo, se resumen las obligaciones del empresario en la protección de la maternidad y los derechos y garantías de las mujeres embarazadas, que han dado a luz recientemente o en periodo de lactancia. En la Tabla 2.10, se relacionan estos agentes clasificándolos en: químicos, biológicos, físicos, ergonómicos y psicosociales.

³⁸⁷ Se trata de un documento muy similar a la Comunicación COM (2000) 466 final de la Comisión, de 05/10/2000.

³⁸⁸ Esta guía fue el resultado del mandato que se otorgaba al entonces denominado Ministerio de Trabajo e Inmigración, por el que debía elaborar las “correspondientes guías en las que se definan los riesgos que pueden derivar del puesto de trabajo, y en las que se recogerá una relación no exhaustiva de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden influir de forma negativa en la salud de las trabajadoras o del feto, en caso de embarazo, y en la de la madre o en la del hijo, en supuestos de lactancia natural” (Disposición Adicional tercera del Real Decreto 295/2009).

TABLA 2.10. Listado de agentes relevantes para la protección de la maternidad.

AGENTES QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA EN LA EVALUACIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LA MUJER EMBARAZADA, PARTO RECIENTE O LACTANCIA NATURAL	
Agentes químicos	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Monóxido de carbono. ▪ Mercurio y derivados. ▪ Plomo y compuestos³⁸⁹. ▪ Gases anestésicos³⁹⁰. ▪ Fármacos antineoplásicos 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Agentes plaguicidas³⁹¹. ▪ Agentes neurotóxicos. ▪ Alteradores endocrinos. ▪ Agentes de reconocida penetración dérmica. ▪ Metales pesados.
Agentes biológicos	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Virus de la rubeola. ▪ Toxoplasma gondii. ▪ Virus de la varicela zóster. ▪ Virus del sarampión. ▪ Citomegalovirus. ▪ Parvovirus humano (B 19). ▪ Virus de la hepatitis B. ▪ Virus de la hepatitis C. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). ▪ Listeria monocytogenes. ▪ Brucella abortus. ▪ Virus del herpes simple (VHS). ▪ Treponema pallidum. ▪ Chlamydia trachomatis. ▪ Virus de la hepatitis A.
Agentes físicos	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Radiaciones ionizantes. ▪ Ruido. ▪ Vibraciones. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Golpes/choques. ▪ Calor y frío. ▪ Radiaciones no ionizantes.
Agentes ergonómicos	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Manipulación manual de cargas (MMC)³⁹². 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Posturas forzadas.

³⁸⁹ “La exposición al plomo, tanto durante la gestación como después del parto, puede afectar al desarrollo del sistema nervioso y de los órganos de formación de sangre. Las mujeres, recién nacidos y niños pequeños son más sensibles que los hombres adultos. Pasa a la leche materna, con el consiguiente riesgo para el niño, si la madre ha sufrido exposición importante antes y durante el embarazo”. (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit., pág. 41).

³⁹⁰ “Algunos gases anestésicos (fundamentalmente protóxido de nitrógeno, halotano) usados generalmente en quirófanos pueden suponer riesgo por afectación del feto”. (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit., pág. 41).

³⁹¹ “Algunos agentes químicos pueden absorberse por vía cutánea tal como los plaguicidas. Pueden suponer riesgo en el embarazo y lactancia”. (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit., pág. 42).

³⁹² “Se considera que la manipulación manual de cargas pesadas conlleva riesgos para el embarazo, tales como lesión fetal y parto prematuro. El riesgo se relaciona con el peso de la carga y con las condiciones de manejo (distancia, frecuencia, etc.). Este riesgo aumenta paralelamente al tiempo de gestación ya que el aumento de tamaño del abdomen condiciona una mayor distancia de alcance para manejar la carga lo que aumenta el riesgo de daño. (...). La mujer embarazada no debería manejar cargas superiores a 11 kg”. (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit., pág. 39).

AGENTES QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA EN LA EVALUACIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LA MUJER EMBARAZADA, PARTO RECIENTE O LACTANCIA NATURAL	
Agentes psicosociales	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Trabajos a turnos y trabajo nocturno. ▪ Duración de la jornada. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Control sobre ritmo de trabajo y pausas. ▪ Agentes estresores.

Con independencia de la Guía del INSST, la doctrina científica menciona reiteradamente diferentes guías que sirven como herramientas orientativas para la evaluación de los riesgos específicos relativos al embarazo y la lactancia, a saber³⁹³: 1) Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural³⁹⁴; 2) Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y de la incapacidad temporal durante el embarazo³⁹⁵; 3) Guía Médica para la valoración de los riesgos profesionales a efectos de la prestación de riesgo durante el embarazo y riesgo en la lactancia³⁹⁶; 4) guías técnicas del INSST³⁹⁷. Como decimos, se trata de guías orientativas, que en ningún caso pueden ser utilizadas como criterios de obligado cumplimiento ni considerar carente de riesgo todo aquello que quede al margen de las mismas³⁹⁸.

2. **Identificación de trabajadoras expuestas a los riesgos:** hay que identificar la población expuesta a los peligros y riesgos detectados que, en nuestro caso, nos referimos a las trabajadoras embarazadas, en parto reciente o en lactancia natural. Esta fase puede presentar dificultades por dos motivos: 1) la propia trabajadora puede desconocer que esté embarazada; y 2) la mujer puede tener ciertas reticencias o temores a informar al empresario. Es importante que se distinga claramente entre embarazo y lactancia, pues los riesgos pueden ser diferentes³⁹⁹.
3. **Estimación y valoración del riesgo:** se estima el riesgo, valorando conjuntamente la probabilidad de que suceda un determinado accidente y las

³⁹³ Cabe destacar BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., págs. 71-72; NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., “Políticas de tutela...”, op. cit., pág. 43; y SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., págs. 102-103.

³⁹⁴ Asociación Española de Pediatría, 2008.

³⁹⁵ INSS, 2008.

³⁹⁶ Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo, 2008.

³⁹⁷ Entre otras, INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014; y Notas Técnicas de Prevención números 413, 414, 542, 664, 740, 785, 914, 915, 992 y 993.

³⁹⁸ BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., pág. 75.

³⁹⁹ BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., pág. 69.

consecuencias personales (daños a la salud) de que se materialice el peligro en un riesgo para la trabajadora en maternidad. En función de estos dos criterios, se obtiene un determinado nivel de riesgo que será establecido según lo que determine la metodología específica que se utilice. A modo de ejemplo, el INSST en su metodología general de evaluación de riesgos, califica los diferentes niveles en: 1) riesgo trivial; 2) riesgo tolerable; 3) riesgo moderado; 4) riesgo importante; y 5) riesgo intolerable. El valor del riesgo obtenido se compara con el valor de riesgo tolerable y se emite juicio de valor sobre el alcance de la tolerabilidad. Si el riesgo no es tolerable, hay que “controlar el riesgo”. A todo este proceso se le denomina la “Gestión del riesgo”⁴⁰⁰.

Esta etapa forma el llamado “análisis del riesgo”, que informa de la magnitud del riesgo para la maternidad.

- 4. Adopción de medidas preventivas:** los resultados de la evaluación de riesgos pueden poner de manifiesto la presencia de un riesgo para el embarazo, o la lactancia, por lo que el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición al mismo. Por ello, las medidas preventivas se deben adoptar al objeto de eliminar o reducir los riesgos a los que se puede encontrar expuesta la mujer trabajadora y controlar de forma periódica las condiciones de trabajo. Así, se deberán tener en cuenta los principios generales de la acción preventiva determinados en el art. 15 LPRL. El resultado final del proceso de evaluación y de las medidas preventivas deberá seguir la siguiente secuencia en orden: 1) eliminación de los riesgos; 2) adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo; 3) cambio a puesto de trabajo sin riesgo para la maternidad; y 4) suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural. Medidas todas ellas que analizamos en el epígrafe 2.4.3 de este *Capítulo*.

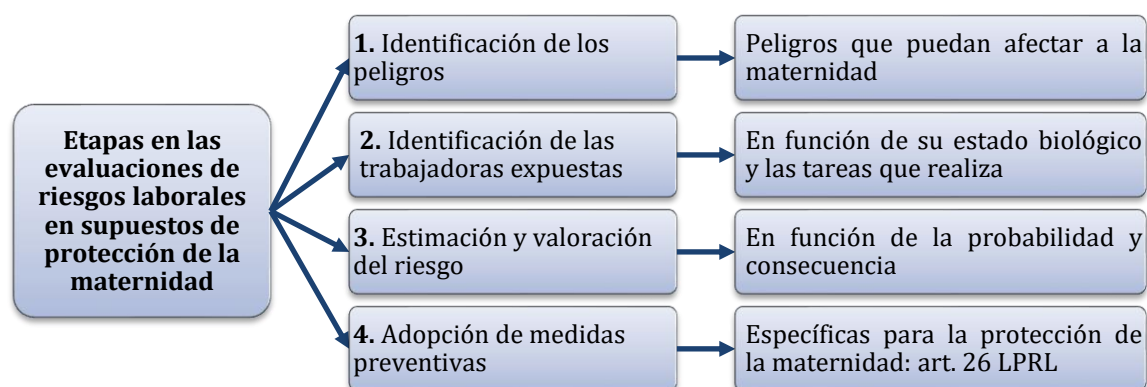


FIGURA 2.2. Esquema general con las etapas que deben contemplarse en todo proceso de una evaluación de riesgos laborales con relación a la protección de la maternidad.

⁴⁰⁰ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Metodología de evaluación...”, op. cit., págs. 1, 2 y 6.

Estas etapas del proceso de evaluación, deben llevarse a cabo en virtud de lo dispuesto en el art. 4.1 de la Directiva 92/85/CEE, en caso contrario se estaría privando a la trabajadora afectada y a su hijo de la protección que le corresponde, debido a que pueden estar expuestos a los riesgos potenciales cuya existencia no haya sido correctamente demostrada al evaluar los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora. La inacción ante la evaluación de riesgos laborales, debe considerarse un trato menos favorable a una mujer, constituyendo una discriminación directa por razón de sexo. Esta evaluación no puede ser sustituida por una declaración del empresario en la que afirme que un puesto está clasificado de “exento de riesgo”, y que la trabajadora es “apta” para el trabajo, sin proporcionar explicaciones que fundamenten estas conclusiones. Todo lo contrario, debe quedar demostrado que se ha realizado un “examen específico”⁴⁰¹. En cualquiera de los casos, la evaluación de riesgos deberá realizarse por personal competente y deberá incluir las mediciones, análisis o ensayos que se consideren necesarios, salvo que se trate de operaciones, actividades o procesos en los que la directa apreciación profesional acreditada permita llegar a una conclusión sin necesidad de recurrir a aquéllos⁴⁰². La correcta evaluación de riesgos, será determinante como requisito para el acceso a las respectivas prestaciones por riesgo⁴⁰³.

Sobre la obligatoriedad de llevar a cabo la evaluación de riesgos laborales por parte del empresario (arts. 16 y 26 LPRL), los pronunciamientos judiciales ponen de manifiesto que un incumplimiento en este sentido, podría calificarse –llegado el caso– como una discriminación por razón de sexo en el lugar de trabajo. En este sentido la STC 161/2004 de 04/10/2004, determina que el empresario está obligado a evaluar el puesto de trabajo de la mujer embarazada y que, ante la imposibilidad de adaptarle el puesto, le tendría que haber asignado a otro compatible con su estado. Continúa la sentencia afirmando que solicitar la suspensión del contrato en estas circunstancias carecía de justificación razonable y que, si el empresario hubiera realizado la evaluación, la trabajadora habría podido ocupar otro puesto de trabajo sin riesgos para su embarazo, puesto que en este caso la formación de la mujer si lo permitía.

Sin embargo, no sólo puede considerarse un incumplimiento empresarial no realizar la preceptiva evaluación de riesgos, sino que elaborarla sin el rigor que exige la normativa puede ser objeto de reclamación judicial. Así se desprende de la ya citada STJUE de 19/10/2017 *Asunto Otero Ramos C-531/15*, que especifica que una evaluación genérica, a grandes rasgos de las condiciones del puesto de trabajo de la mujer en situación de maternidad, no cumple con los requisitos previstos en el art. 4.1

⁴⁰¹ STJUE de 19/10/2017, *Asunto Otero Ramos C-531/15*.

⁴⁰² Arts. 4.3 y 5.2 RSP.

⁴⁰³ BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., pág. 70.

de la Directiva 92/85. Por ello, detalla que la evaluación debería incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo⁴⁰⁴.

Tras la elaboración e implantación de la evaluación de riesgos laborales, la segunda obligación del empresario respecto de la mujer trabajadora embarazada o durante el periodo de lactancia es el deber de información establecido en el art. 18.1 LPRL. De los resultados de la evaluación, el empresario deberá informar a la trabajadora con relación a los riesgos para su seguridad y la salud, tanto los que le afecten de forma genérica, como aquellos que sean propios de su puesto de trabajo o específicos para su salud en los casos de gestación o embarazo. Esta información deberá contener tanto los riesgos genéricos y específicos como las medidas preventivas que se van a adoptar para evitar la exposición o controlar los mismos. Con independencia del deber genérico del art. 18 LPRL, el art. 26 LPRL no establece nada específico al respecto, sin embargo, es necesario que la trabajadora cuente con la información necesaria para así poder comunicar voluntariamente al empresario su estado biológico concreto.

En nuestra opinión, el legislador español debió incorporar alguna mención específica sobre el deber de información a la trabajadora embarazada o lactante, de manera que conociera de forma exacta los riesgos a los que estuviera expuesta y las medidas preventivas a aplicar. En definitiva, que se informara a la mujer de los resultados de la evaluación de su puesto de trabajo. A pesar de que a este deber se le puede dar cumplimiento a través del art. 18.1 LPRL, creemos que en el art. 26 LPRL se debería haber mencionado esta obligación, puesto que el conocimiento expreso de la mujer, podría contribuir a que comunicara al empresario su estado biológico concreto y así poder activar la evaluación adicional de su puesto de trabajo. En este sentido, es cierto que la Directiva 92/85/CEE si contemplaba la obligación en su art. 4.2, en el que establecía que “se comunicará a todas las trabajadoras (...) los resultados de la evaluación (...) y todas las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo”, texto que no se transpuso al Ordenamiento jurídico interno.

En el mismo sentido, el médico del trabajo deberá conocer con detalle la evaluación de riesgos, puesto que entre las primeras medidas que deberá adoptar en su labor de vigilancia sanitaria de la mujer, será elaborar un “informe sobre las condiciones en que la trabajadora desempeña su trabajo tomando como base la evaluación de riesgos realizada por el área técnica del servicio de prevención”⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Véanse interesantes comentarios de ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “La protección de la lactancia natural...”, op. cit., págs. 150-153, sobre las características que deben reunir las evaluaciones de riesgos en la maternidad.

⁴⁰⁵ SOLÉ GÓMEZ, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 915:...”, op. cit., pág. 4.

2.4.2.3. La planificación de la actividad preventiva.

Tras realizar la evaluación de riesgos laborales, el empresario está obligado a planificar las medidas preventivas que se han propuesto al objeto de eliminar, reducir y controlar los riesgos detectados, planteando medidas eficaces que no perjudiquen la salud de la madre o su descendencia. La evaluación de riesgos junto con la planificación preventiva, son los instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de prevención de toda empresa.

La planificación preventiva se regula principalmente en el art. 16 LPRL y en los arts. 8 y 9 RSP. Se trata de un deber del empresario por el que, en aplicación de las medidas preventivas propuestas en la evaluación de riesgos, se incluyen las actividades preventivas indicando el plazo para llevarlas a cabo, la designación de los responsables y los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución. Igualmente se deberán planificar las medidas de emergencia (art. 20 LPRL), la vigilancia de la salud (art. 22 LPRL), la información preventiva (art. 18 LPRL) y la formación preventiva (art. 19 LPRL). Las medidas deben estar basadas en la técnica, la organización del trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo (art. 15.1.g) LPRL). Esta planificación deberá establecerse para un periodo de tiempo determinado, definiendo las fases y prioridades en función de la magnitud de los riesgos y de los trabajadores expuestos. Por último, se debe realizar un seguimiento continuo de la ejecución de las actividades preventivas, que en el supuesto que sea superior a un año, debería establecerse un programa anual de actividades.

Planificar la actividad preventiva con relación a la protección de la maternidad, requiere una buena organización y control, estableciendo las prioridades de actuación y las acciones a realizar⁴⁰⁶. Igualmente, esta planificación requiere la adopción de las siguientes medidas preventivas de forma ordenada y jerarquizada⁴⁰⁷:

- a) Mantenimiento de la trabajadora en su puesto de trabajo, eliminando previamente el riesgo, adaptando las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo.
- b) Cambio a otro puesto de trabajo compatible con su estado, dentro de su grupo profesional; o, de no ser posible, otro fuera de su grupo profesional, según reglas y criterios aplicables a los supuestos de movilidad funcional.
- c) Suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, por el tiempo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y la de su descendencia, mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su

⁴⁰⁶ SOLÉ GÓMEZ, M.D., et al, "Nota Técnica de Prevención (NTP) 959:...", op. cit., pág. 1.

⁴⁰⁷ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), "Directrices para la evaluación...", op. cit., págs. 16-17.

estado, cuando el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

2.4.2.4. El obligatorio listado de puestos de trabajo sin riesgos para la maternidad.

El art. 26 LPRL establece que el empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, el listado de puestos de trabajo exentos de riesgos para la maternidad. Así, la fase de evaluación de riesgos inicial es fundamental para la elaboración por el empresario de esta relación, puesto que se deben analizar todos y cada uno de los puestos de trabajo desde la perspectiva de los riesgos en los supuestos de embarazo, parto reciente y lactancia natural. El resultado será una relación de puestos de trabajo idóneos a efectos de la movilidad funcional de la trabajadora, que deberá actualizarse cada vez que se modifique la evaluación de riesgos⁴⁰⁸. La evaluación de riesgos adicional no será necesaria para estos puestos de trabajo⁴⁰⁹. Es fundamental que esta relación esté disponible durante la fase del cambio de puesto de trabajo, al objeto de poder conocer sin ningún género de duda, cuáles son compatibles con un estado biológico concreto. Como se puede evidenciar, la falta de este listado impedirá el cumplimiento empresarial del cambio de puesto de trabajo de la mujer⁴¹⁰.

La competencia de elaborar esta relación la ostenta el empresario, el cuál a través del servicio de prevención de riesgos laborales –en el caso–, plantea su realización en dos fases: 1) las especialidades técnicas –Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial y Ergonomía y Psicología Aplicada– deben elaborar las evaluaciones de riesgos de todos los puestos de trabajo y desde las diferentes perspectivas de estudio; y 2) la Vigilancia de la Salud, en función de los riesgos evaluados, debe establecer que puestos no son aptos para ser ocupados por mujeres embarazadas o en periodo de lactancia. Es recomendable que se estructure por puestos de trabajo y tareas concretas, identificando las funciones concretas que pueden presentar riesgo, con el fin de facilitar las medidas preventivas de adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo⁴¹¹.

Con relación a la consulta con los representantes de los trabajadores, entendemos que, a falta de precisión legal, éstos serán los delegados de prevención,

⁴⁰⁸ MORENO SAENZ, N., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 993. Embarazo y lactancia natural: la empresa y la prestación por riesgo laboral”, INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), 2013, pág. 4.

⁴⁰⁹ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Directrices para la evaluación...”, op. cit., pág. 11.

⁴¹⁰ STSJ de Andalucía de 29/06/2017.

⁴¹¹ MORENO SAENZ, N., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 992. Embarazo y lactancia natural: procedimiento para la prevención de riesgos en las empresas”, INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), 2013, pág. 3.

puesto que, entre otros motivos, tienen más formación en esta materia⁴¹². Esta consulta no es vinculante, con lo que su posible pasividad no justificaría el incumplimiento empresarial de su obligación de elaboración la lista⁴¹³. Esta relación tiene un carácter técnico, expresión del deber empresarial de protección de la salud de la trabajadora, por lo que no es necesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores. Su labor será de colaboración, información y control, pero no de corresponsabilidad o cogestión de la prevención de los riesgos⁴¹⁴.

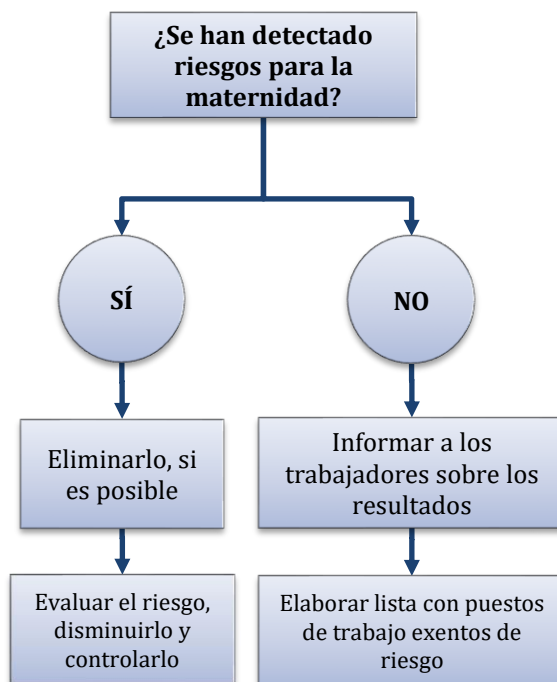


FIGURA 2.3. Esquema general de actuación en la evaluación de riesgos inicial y en la elaboración del listado de puestos de trabajo exentos de riesgos para la maternidad.

2.4.2.5. El procedimiento de prevención en la empresa: una medida para la adaptación de la normativa a las particularidades empresariales.

Los procedimientos de cualquier sistema de gestión de la prevención, que deben formar parte del plan de prevención de la empresa (art. 16 LPRL), se conceptúan como las distintas actuaciones previstas en el propio sistema, en las que se incluirán fundamentalmente sus objetivos, los responsables de realizarlos y en qué

⁴¹² MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 242.

⁴¹³ Véase art. 14 LPRL. SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 121.

⁴¹⁴ BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., pág. 109.

circunstancias son exigibles y cómo han de aplicarse, con los registros a cumplimentar para evidenciar y controlar lo realizado^{415 416}.

Se trata de un proceso específico que nos indica cómo realizar una actividad, que debe incluir como mínimo qué se hace, cómo se hace y quién ejecuta las acciones, y cómo se evalúa. Un procedimiento preventivo debe tener dos características básicas: 1) una redacción clara y entendible para que todos los trabajadores lo comprendan y sepan cómo actuar ante cada situación; y 2) realizarse con la participación de los diferentes agentes de la empresa⁴¹⁷.

En cuanto a la protección de la maternidad, se recomienda que el empresario elabore –dentro de su plan de prevención– un documento *ad hoc* con el fin de dotar al sistema de gestión de la prevención con un proceso de intervención rápido, eficaz y eficiente ante el conocimiento de que alguna trabajadora se encuentre embarazada o en situación de lactancia. Este proceso debe estar basado en un método sistemático de actuación para la adopción de las medidas preventivas necesarias al objeto de garantizar la protección de la salud de la mujer embarazada o lactante, así como de su descendencia, frente a los riesgos derivados del trabajo. Debería seguirse un esquema similar al procedimiento sobre evaluación de riesgos laborales para la protección de la maternidad⁴¹⁸.

Sobre los concretos contenidos de este procedimiento, se pueden encontrar entre la bibliografía técnica preventiva variada bibliografía que muestra diferentes ejemplos de procedimientos sobre la protección de la maternidad. En este apartado nos centramos en la propuesta de procedimiento que ha elaborado el INSST a través de su NTP 992⁴¹⁹, que se basa en la “Guía metodológica para la elaboración de protocolos basados en la evidencia”, editada por el Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud en 2009 y la “Guía de valoración de los riesgos laborales en el embarazo y la lactancia en trabajadoras del ámbito sanitario”⁴²⁰. Los contenidos que, al menos debe contener un procedimiento de este tipo es el siguiente:

- 1. Introducción y objetivos:** se debe realizar una breve introducción sobre la protección de la maternidad en el ámbito laboral, indicando el estado de la cuestión a nivel empresarial y justificando la importancia de regular de forma

⁴¹⁵ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Manual de procedimientos de prevención de riesgos laborales. Guía de elaboración”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 8-9.

⁴¹⁶ BESTRATÉN, BELLOVÍ, M., NADAL, O., “NTP 484. Documentación del sistema de prevención de riesgos laborales (I)”, Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST), 1998, pág. 3.

⁴¹⁷ MORENO SAENZ, N., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 992...”, op. cit., pág. 1.

⁴¹⁸ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 243.

⁴¹⁹ MORENO SAENZ, N., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 992...”, op. cit.

⁴²⁰ Documento elaborado en 2008 por la Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el Ámbito Sanitario (ANMTAS) y editado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Instituto de Salud Carlos III.

interna esta materia. Los objetivos deberán ser claros, concisos y fácilmente medibles. Deben ir encaminados a conseguir que la trabajadora informe al empresario de su estado biológico en cuanto tenga conocimiento del mismo y a la aplicación de las medidas preventivas que establece el art. 26 LPRL.

2. **Ámbito de aplicación:** personal y por centros de trabajo. Se debe establecer el colectivo laboral al que va dirigido, indicando en líneas generales que afectaría a toda la plantilla de la empresa con independencia de la relación jurídica laboral de cada trabajadora y al régimen de encuadramiento de la Seguridad Social. Para las trabajadoras de empresas subcontratadas, se deberán indicar los mecanismos de coordinación adecuados, según lo establecido en el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. En el mismo sentido, si la empresa dispone de diferentes centros de trabajo, deberá indicarse que instalaciones están afectadas por el procedimiento en cuestión.
3. **Normativa y referencias:** nos referimos a la normativa preventiva en cuatro ámbitos diferentes: 1) legislación de carácter general (LPRL, RSP); 2) normativa específica con relación al sector de actividad de la empresa; 3) normas internas de la empresa (estatutos, reglamentos internos, etc.); y 4) otras fuentes de información (guías técnicas de interpretación de legislación, elaboradas por entidades de reconocido prestigio, guías y NTP del INSST, etc.).
4. **Definiciones:** precisar o aclarar aquellos términos utilizados en el procedimiento y cuya consulta puede ser necesaria para la comprensión del mismo. En nuestro caso, al menos será necesario incluir las definiciones incluidas en la Directiva 92/85/CEE: trabajadora embarazada, trabajadora que haya dado a luz y trabajadora en periodo de lactancia.
5. **Descripción del proceso:** se debe detallar *quién* es el responsable de ejecutar el procedimiento, *qué* es lo que origina este documento, y *cómo, cuándo y dónde* se realiza. En definitiva, se trata de indicar con el máximo nivel de detalle todos los pasos que se deben producir desde el momento en el que se tiene conocimiento del embarazo o la situación de lactancia de la trabajadora hasta la aplicación de las medidas protectoras del art. 26 LRPL. Se deberá regular: 1) la perspectiva de la maternidad en las evaluaciones iniciales de riesgo; 2) el listado de puestos de trabajo exentos de riesgos para la maternidad; 3) la gestión de las evaluaciones adicionales ya comentadas en epígrafes anteriores; 4) la eliminación –si fuera posible– de los riesgos nocivos para la mujer; 5) la adaptación del tiempo o condiciones de trabajo; 6) el cambio de puesto trabajo por otro compatible con su estado biológico; y v7) la propuesta de suspensión del contrato de trabajo en el caso de que no se pudiera aplicar ninguna de las medidas anteriores.

- 6. Implicaciones y responsabilidades:** se deben citar todos los agentes implicados en la elaboración, implantación y ejecución del documento, de forma que se lleve a cabo la integración real de la prevención que inspira la LPRL, tanto en el conjunto de las actividades de la empresa como en todos los niveles jerárquicos de ésta (art. 16 LPRL). El servicio de prevención de riesgos de la empresa tendrá parte de esa responsabilidad, pero no debe ser la única, sino que las diferentes unidades y secciones empresariales deberán asumir cada una de ellas en su ámbito de actuación, la responsabilidad que le otorgue el empresario a través del procedimiento en cuestión. Igualmente, el plan de prevención empresarial deberá establecer estas obligaciones y responsabilidades.
- 7. Registros y formatos documentales:** como cualquier procedimiento del sistema de gestión de la prevención, se deben adjuntar los modelos donde se han de volcar las evidencias justificativas que van a servir como registros del propio sistema, así como los formatos de toma de datos, caso de que sean necesarios. Se detallará el nombre del registro o formato, lugar y responsable de su archivo, en su caso y el tiempo mínimo de archivo. En nuestro caso, y en líneas generales, sería conveniente elaborar al menos los siguientes formatos: 1) comunicación de la trabajadora en la que indica su estado biológico concreto y las semanas de las que está embarazada, en su caso; 2) informe sobre evaluación de riesgos adicional del puesto de trabajo de la mujer; 3) informe médico sobre la aptitud de la mujer a su puesto de trabajo teniendo en cuenta su estado biológico y los resultados de la evaluación adicional de riesgos; 4) declaración empresarial sobre la situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural; y 5) comunicación de las medidas de protección para la mujer trabajadora: adaptación del puesto de trabajo, cambio de puesto o propuesta de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.
- 8. Flujograma:** esquema en el que se representen gráficamente los flujos de ejecución del procedimiento en cuestión. Se trata de un conjunto de reglas ordenadas que permite realizar las diferentes actividades del procedimiento mediante pasos sucesivos. En todo caso, comenzará con la comunicación del estado biológico por parte de la trabajadora y finalizará con la adopción de las medidas protectoras necesarias o con la propuesta de suspensión del contrato de trabajo.
- 9. Anexos:** en nuestro caso, se deberá aportar la relación de puestos de trabajo exentos de riesgo para la maternidad. Se deberá incluir al menos, el puesto de trabajo, las tareas asociadas al mismo y por cada una de ellas, las que no presenten riesgos para la mujer embarazada o en situación de lactancia natural. Este listado es la herramienta que necesita el empresario para adaptar o cambiar su puesto de trabajo, en función de los riesgos a los que se encuentre expuesta. Se

actualizará las veces que sea necesario, coincidiendo con las revisiones de las evaluaciones de riesgos.

Este procedimiento deberá ser elaborado por personal técnico preventivo con experiencia previa en tareas de gestión de la prevención. Asimismo, el área de vigilancia de la salud, debe tener un papel esencial tanto en la elaboración como en la implantación del documento.

Por último, es preciso que este procedimiento sea conocido por todo el personal de la empresa, por lo que sería necesario que se difundiera a través de sesiones formativas e informativas y campañas de divulgación al efecto. Uno de los objetivos de esta amplia difusión es concienciar a las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia natural para que comuniquen su estado biológico a la mayor brevedad posible. Se trata por tanto de una fase que muy especialmente requiere de la participación de las mujeres trabajadoras en edad fértil, en la que además deberán participar: la dirección de la empresa, la representación sindical y el servicio de prevención, en su caso. El éxito de este procedimiento dependerá en gran medida de las acciones formativas e informativas con respecto al documento y la implicación de las mujeres en edad fértil.

Hay numerosos ejemplos de procedimientos de protección de la maternidad, que son más propios en grandes empresas y administraciones públicas⁴²¹. Así, a modo de ejemplo, citamos el “Procedimiento para la adaptación de los puestos de trabajo al personal especialmente sensible y para la protección de la maternidad y de la lactancia natural”, de la entonces denominada Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía en 2014⁴²². En el texto, en primer lugar, se define el puesto de trabajo exento de riesgo como “aquel en el que es improbable, dado los conocimientos científicos actuales, que se materialice un daño para la salud derivado de las condiciones de trabajo sobre el personal especialmente sensible o sobre cualquier empleada pública en situación de embarazo o de lactancia natural, así como del feto o del lactante”. Se centra esencialmente en tres tipos de situaciones: 1) situación de riesgo genérico clínico; 2) situación de riesgo específico laboral; y 3) situación de riesgo en la lactancia natural, distinguiendo entre el personal que pertenece al Régimen General de la Seguridad Social y al que pertenece al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

⁴²¹ A modo de ejemplo citamos: “Protección de la maternidad en el trabajo con respecto a los factores de riesgo de higiene industrial”, FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social Nº 61, 2016; “Protección de la maternidad y de la lactancia frente a los riesgos derivados del trabajo”, Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, 2015; “Protección a la Maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo”, Unidad de Prevención de Riesgos Laborales de la Universidad de Zaragoza, 2012; y “Procedimiento para la gestión de la protección a la maternidad, lactancia y trabajadores sensibles”, Universidad Miguel Hernández, 2010.

⁴²² CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y DEPORTE (Junta de Andalucía), “Portal web de Prevención de Riesgos Laborales”. Enlace: <https://bit.ly/3IXnDHT>.

2.4.3. La acción protectora

2.4.3.1. Medidas de protección de la mujer trabajadora en situación de embarazo y lactancia natural

Como se ha detallado en epígrafes anteriores, el origen de las medidas de protección de la maternidad frente a los riesgos laborales se encuentra en la Directiva 92/85/CEE, norma que se transpuso al Ordenamiento jurídico español en varias fases⁴²³. En una primera fase, el art. 26 LPRL –en su texto original de 1995–, estructurado en cuatro apartados, establecía que, si tras la evaluación de riesgos se detectara riesgo para la maternidad, el empresario debía adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición de la mujer, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo e incluso proponiendo medidas relacionadas con la no realización de trabajo nocturno o a turnos. Por tanto, inicialmente todas las medidas protectoras que puede adoptar el empresario siempre estarán condicionadas a los resultados obtenidos en la propia evaluación de riesgos⁴²⁴.

Continuaba el citado precepto permitiendo el cambio de puesto de trabajo de la mujer por otro diferente y compatible con su estado biológico, siempre que no fuera posible la adaptación previa o bien que, tras la adaptación, las condiciones laborales pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la de su feto (siempre que así fuera certificado por el médico del régimen de la Seguridad Social que asistiera a la trabajadora). Este cambio se produciría de acuerdo a las reglas y criterios de la movilidad funcional hasta que el estado de salud de la mujer le permitiera reincorporarse a su puesto de trabajo original. Si de acuerdo a las reglas de movilidad funcional, no hubiera puesto de trabajo compatible, la trabajadora podía ser destinada a otro puesto no correspondiente a su grupo o a categoría equivalente, conservando el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Para llevar cabo este cambio, el empresario debía elaborar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, un listado de puestos de trabajo exentos de riesgo para la maternidad. Con independencia del embarazo, el legislador permitió en el texto original del art. 26 LPRL que todas las medidas mencionadas, también fueran de aplicación durante el período de lactancia, siempre que las condiciones laborales pudieran influir negativamente en la salud de la madre o del hijo y así fuera certificado por un médico del régimen de la Seguridad Social que asistiera a la trabajadora.

Para finalizar, el precepto otorgaba un derecho remunerado de ausencia para la mujer, al objeto de realizar exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, siempre que justificara su realización dentro de la jornada de trabajo. La Disposición adicional undécima LPRL, establecía que debía incorporarse un nuevo párrafo al art.

⁴²³ Considerado como un proceso lento por algunos autores. Por todos, ARENAS VIRUEZ, M., “Riesgo durante el embarazo...”, op. cit. pág. 51.

⁴²⁴ ARENAS VIRUEZ, M., “Riesgo durante el embarazo...”, op. cit. pág. 58.

37.3 de la LET de 1995, con un contenido idéntico al establecido en la LPRL para el derecho de ausencia para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. En principio, no sería necesaria esta duplicidad de regulación legal de este derecho, puesto que sería aplicable con independencia de la ley que lo regulara. Sin embargo, hay una diferencia importante con respecto a ambas normas, el art. 26.4 LPRL reconoce el permiso para la mujer, *“las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo...”*; en cambio el art. 37.3 f) LET, no hace distinción de género, *“el trabajador (...) podrá ausentarse del trabajo (...) por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales...”*. A pesar de esta apreciación normativa, la realidad es que esta diferencia no suele ser un asunto especialmente controvertido, no hay demasiado interés por parte de los trabajadores varones de reclamar su ejercicio, como demuestra la escasez de resoluciones judiciales dictadas al respecto⁴²⁵. En nuestra opinión, esta diferenciación tiene sentido si acudimos al fin último de ambos preceptos. En primer lugar, la norma preventiva introduce este permiso exclusivamente dirigido a la mujer, puesto que su objetivo es garantizar la salud de la madre y el neonato, no se trata de una medida de conciliación de la vida familiar y laboral extensible al progenitor varón. Y, en segundo lugar, en nuestra opinión el permiso establecido en la LET se engloba dentro del resto de permisos generales que tiene todo trabajador, por lo que pretender que, a día de hoy la asistencia a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto correspondiera un derecho exclusivamente femenino, sería erróneo y carente de sentido alguno⁴²⁶. Es significativo que el art. 26 LPRL no incluyera en su texto original la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, como así establecía la norma europea. Por ello, cuando no existían en las empresas puestos compatibles con el estado biológico de la mujer, se resolvía en la práctica a través de las denominadas “bajas de complacencia”⁴²⁷.

La segunda fase, se produjo con la modificación del art. 26 LPRL por la LCVFL, que introdujo esencialmente dos cambios: 1) el certificado médico a que hacía referencia el texto original, debía ser expedido por los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud; y 2) introdujo un apartado nuevo en el que se estableció por primera vez el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo. Sin duda, esta fue la modificación más importante de esta segunda fase, hecho que, en opinión de algunos autores, debió producirse en la primera, con la transposición de la directiva a través del art. 26 LPRL, puesto que, por aplicación de la normativa comunitaria, era un resultado inevitable y no era lógico que no se contemplara la dispensa del trabajo en

⁴²⁵ SELMA PENALVA, A., “De los exámenes prenatales y otros retos pendientes en la igualdad de género”, Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 202, 2017, pág. 158.

⁴²⁶ Véase STSJ de Andalucía de 23/04/2007.

⁴²⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., pág. 357.

este ámbito⁴²⁸. Esta modificación consistía en la posibilidad de que el empresario no pudiera efectuar el cambio de puesto a otro compatible con el estado biológico de la trabajadora, aduciendo razones técnicas u objetivas, o que no pudiera “razonablemente exigirse por motivos justificados”. En tal caso, se podría declarar el paso de la trabajadora a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, durante el período de tiempo necesario para la protección de su seguridad o salud y mientras continuara la imposibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo de origen. Esta situación estaría contemplada en el art. 45.1.d LET, modificado a tal efecto por la propia LCVFL a través de su art. tercero.

La tercera y última fase tuvo lugar con la aprobación de la LOIMH que, entre otras medidas, realizaba la última modificación del art. 26 LPRL, dejando el texto tal y como se encuentra actualmente. Realizó dos cambios: 1) introdujo una aclaración sobre la certificación médica que debían efectuar los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, explicando que así sería en función de la Entidad con la que la empresa tuviera concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Lo relevante de este cambio es que a partir de entonces se atendía a la naturaleza del riesgo, considerando el riesgo profesional el que determina el cambio de puesto o funciones⁴²⁹. El mismo párrafo –con la modificación de la LCVFL– se introdujo en los supuestos de lactancia, que pasó a considerarse “lactancia natural” a partir de 2007; y 2) amplió la suspensión del contrato de trabajo al supuesto de riesgo durante la lactancia natural de hijo menor de nueve meses, según lo establecido en el art. 45.1.d igualmente modificado en este sentido por la Disposición adicional décimo primera de la LOIMH. Sobre la edad del lactante, en nuestra opinión el legislador no debió referirse únicamente a los menores de nueve meses, puesto que, sí queda demostrado que la exposición a un determinado riesgo produce un daño a la salud de la madre o del lactante, perjudicando en definitiva el acto de la lactancia natural, el hecho de que el menor tenga una edad superior a nueve meses, no implica que desaparezca el riesgo para su salud⁴³⁰.

Estas tres fases sucesivas en el tiempo, han configurado el actual sistema normativo protector de la maternidad con relación a las condiciones de trabajo, y junto con el Real Decreto 298/2009, –que incorporó al Ordenamiento jurídico español los anexos I y II de la norma europea–, han realizado la transposición completa de la Directiva 92/85/CEE.

En resumen, las medidas protectoras que plantea el art. 26 LPRL, van dirigidas a la protección de la maternidad y tienen las siguientes características: 1) son medidas

⁴²⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., pág. 357.

⁴²⁹ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., “La proyección de la Ley de Igualdad en la Prevención de Riesgos Laborales”, en MERCADER UGUINA, J.R., “Comentarios a la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 371-372.

⁴³⁰ Opinión ciertamente extendida entre la doctrina científica. Por todos, GARRIGUES, GIMÉNEZ, A., “Evaluación de riesgos laborales y maternidad...”, op. cit., págs. 618-619; y LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., pág. 358.

de carácter temporal, aplicables hasta que desaparezca el riesgo para la maternidad o termine el estado biológico por el que se adoptaron las medidas concretas (finalización de embarazo o período de lactancia natural); 2) son medidas obligatorias para el empresario que se corresponden con un correlativo derecho de la trabajadora, para la protección de las mujeres y del hijo o feto en su caso; y 3) son medidas que mantienen una relación de prelación en el tiempo, de forma que una medida no podrá llevarse a cabo hasta que se haya intentado previamente ejecutar la primera y así sucesivamente con el resto de medidas⁴³¹.

2.4.3.2. La adaptación del puesto o tiempo de trabajo

Tras la ejecución de la acción preventiva que hemos desarrollado en el epígrafe 2.4.2 de este *Capítulo*, se activa la acción protectora de la maternidad, que contempla como primera medida la adaptación del puesto o tiempo de trabajo. Nos encontramos ante un supuesto en el que se han evaluado los riesgos para la maternidad –genérica y adicional– y las medidas preventivas pasan por la adopción de acciones concretas sobre la protección de la maternidad en el entorno laboral. Conviene recordar que el legislador ya planteó en el art. 15 LPRL –principios generales de la acción preventiva– que el puesto de trabajo con carácter general debía adaptarse a la persona y no al contrario. Los arts. 25-26 LPRL vienen a reforzar este deber empresarial, centrándose en el colectivo de TES en general y en la protección de la maternidad en particular. Así, se determina como primera medida, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, incluyendo si fuera necesaria la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. Todo ello en base a que los resultados de la evaluación pusieran de manifiesto un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras. El objetivo último, es evitar la exposición de las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia natural a los mencionados riesgos.

Con independencia de la evaluación de riesgos, el empresario puede emplear otras herramientas con las que justificar en cierta forma la adopción de medidas adaptativas del puesto de trabajo de la mujer. Así, el servicio de prevención de riesgos laborales a través de la vigilancia de la salud, podrá efectuar, a petición del empresario y/o la trabajadora, informe médico en el que se valoren las medidas de adaptación que deberían ejecutarse para el caso concreto de la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural. De esta forma, el empresario además de la evaluación de riesgos, tiene la valoración del médico del trabajo en el que se proponen las medidas necesarias a adoptar. En este sentido, la STSJ de Andalucía de 06/02/2017 (Sala de lo Contencioso-administrativo), determina que la empresa no tiene ninguna responsabilidad por el aborto sufrido por una trabajadora, al parecer espontáneo, en la

⁴³¹ ARENAS VIRUEZ, M., “Riesgo durante el embarazo...”, op. cit. págs. 58-59.

octava semana de gestación, ya que los informes médicos que aconsejaban la adopción de especiales medidas de seguridad por razón de embarazo fijaban como fecha tope para la adaptación del puesto de trabajo la decimoctava semana de gestación. En cualquier caso, considera acertado seguir el criterio médico y esperar a la fecha determinada en los informes médicos para adaptar el puesto de trabajo⁴³².

Entendemos como condición de trabajo cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador (art. 4 LPRL). Continúa el precepto indicando que específicamente se incluyen en esta definición: a) las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo; b) la naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia; c) los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados; y d) todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador. Dentro de estos cuatro bloques, el empresario deberá determinar con el asesoramiento técnico del servicio de prevención, que condiciones de trabajo son perjudiciales para la trabajadora y cuáles son las medidas de adaptación que deben llevarse a cabo.

Se trata de medidas primarias, básicas y prioritarias a tener en cuenta para evitar las exposiciones de las trabajadoras a los riesgos específicos que les afectan, siendo la medida menos perjudicial para el estatus y las condiciones laborales de la mujer⁴³³. Sin embargo, para el empresario es una acción relativamente compleja de poner en marcha, puesto que organizativamente es difícil adaptar el puesto a la trabajadora y ello sin contar con el elevado coste económico que en ocasiones pueden conllevar estos cambios (por ejemplo, la adaptación física de un puesto de trabajo)⁴³⁴. En cualquier caso, el empresario tiene un amplio margen de actuación que dependerá de “factores ligados a la propia evaluación de riesgos, a la organización del trabajo o a los costes de las adaptaciones”⁴³⁵. Precisamente esta flexibilidad empresarial, que permite llevar a cabo un amplio abanico de medidas adaptativas, origina una importante indeterminación e inseguridad jurídica sobre el alcance concreto que deben tener las actuaciones del empresario. Por ello, entendemos que dependerá en gran medida de la entidad, tipo y naturaleza del riesgo; la actividad que desempeñe la

⁴³² Véase comentario sobre esta sentencia en DIARIO LA LEY, “Anulada la sanción a una empresa por no cambiar de puesto de trabajo a una embarazada que abortó. *TSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 6 febrero 2017*”, núm. 9.062, Sección Jurisprudencia, 17 de octubre de 2017, Wolters Kluwer.

⁴³³ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., págs. 108-109.

⁴³⁴ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 219.

⁴³⁵ NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., “Políticas de tutela...”, op. cit., pág. 53.

trabajadora; sus características personales y las posibilidades de la organización productiva de la empresa⁴³⁶.

Una característica común a todas las medidas adaptativas es la temporalidad, puesto que una vez que haya transcurrido la situación de riesgo, la trabajadora retornaría a sus antiguas condiciones de trabajo⁴³⁷. Se trata de circunstancias de carácter temporal, como son el embarazo, la lactancia y el postparto, por lo que una vez finalice la situación temporal que motivó la especial sensibilidad de la trabajadora al riesgo de su puesto de trabajo, también se pondrá fin a las especiales obligaciones que asume el empresario⁴³⁸.

Centrándonos en las formas de llevar a cabo estas adaptaciones, podemos distinguir principalmente tres tipos:

1. **Adaptación física del puesto de trabajo:** puede suponer un cambio o adecuación accesoria y/o accidental de las características del puesto. Por ejemplo, nos referimos a condiciones técnicas, requerimientos ergonómicos, adaptación de la ropa de trabajo de la mujer embarazada, disminución de la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos, equipos e instrumental, etc., en definitiva, la adaptación del lugar y condiciones de trabajo⁴³⁹. Destacan las medidas de carácter ergonómicas derivadas de las molestias propias del embarazo⁴⁴⁰. La principal herramienta que se emplea para conocer las medidas que son necesarias implantar para adaptar el puesto de trabajo, es la propia evaluación de riesgos laborales. Así, por ejemplo, un supuesto en el que una mujer trabajadora esté expuesta a radiaciones radiactivas por la entrada a cubas y otros lugares con residuos radiactivos, la adopción de medidas específicas, de acuerdo con la evaluación de riesgos, prohíbe la entrada en dichos lugares, a las trabajadoras embarazadas o en estado de lactancia (en base al anexo VII del RSP)⁴⁴¹.
2. **Adaptación del tiempo de trabajo:** nos referimos al tiempo de dedicación al trabajo, descansos, turnos de trabajo, etc. Medidas concretas como el cambio de horario o turno de trabajo, es una obligación que se debe adoptar cuando no

⁴³⁶ ARENAS VIRUEZ, M., "Riesgo durante el embarazo...", op. cit. pág. 59, en referencia a GONZÁLEZ ORTEGA, S., APARICIO TOVAR, J., "Comentarios a la ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales", Trotta, 1996, págs. 172-173.

⁴³⁷ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; "La protección de la maternidad...", op. cit., pág. 110.

⁴³⁸ GARCÍA SÁNCHEZ, J.D., "La elección del turno de trabajo por motivos de salud", Revista de Información Laboral, núm. 8, 2017, pág. 63.

⁴³⁹ NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., "Políticas de tutela...", op. cit., pág. 53.

⁴⁴⁰ BENAVENTE TORRES, I., "El riesgo durante el embarazo...", op. cit., pág. 100.

⁴⁴¹ STSJ de Galicia de 17/02/2017. Sobre comentarios a esta sentencia, véase GOÑI SEIN, J.L., et al "Seguridad y salud en el trabajo", Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 201, 2017, pág. 257. Similares fallos fueron emitidos por la STSJ de Galicia de 18/04/2016 y STSJ de Andalucía de 27/10/2016.

existen otras medidas preventivas que logren evitar el riesgo. La doctrina considera estas medidas preventivas como de segundo nivel, únicamente aplicable cuando el resto de medidas preventivas resultan ineficaces⁴⁴².

3. Adaptación del puesto en base a los efectos del embarazo: nos referimos a aquellos aspectos del embarazo que pueden ocasionar algún tipo de dolencia o incomodidad de la trabajadora y que pueden requerir adaptaciones de la organización del trabajo. Citamos concretamente el contenido del anexo de la Comunicación COM (2000) 466 final de la Comisión⁴⁴³. Estos aspectos se resumen en los siguientes efectos del embarazo: náuseas por la mañana, dolores de espalda, varices u otros problemas de circulación, hemorroides, aumento del volumen, cansancio, estrés, equilibrio y visitas frecuentes a las instalaciones sanitarias. Para todos estos efectos, el empresario debe adoptar medidas preventivas que permitan adaptar el puesto a la trabajadora que se basarán, entre otras, en las siguientes: evitar posturas estáticas, adaptar la ropa de trabajo y los equipos de protección individual, evitar las horas extraordinarias y los ritmos de trabajos elevados, etc.

Conviene precisar que esta adaptación no debe llevarse a cabo únicamente ante la presencia de riesgos reales y certeros, sino también ante la existencia de indicios de que puedan materializarse esos riesgos, es decir que no es imprescindible que un determinado peligro se materialice, sino que bastaría con acreditar que existe un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse⁴⁴⁴.

Con relación a la adaptación del tiempo de trabajo, concretamente sobre la realización de trabajos nocturnos y a turnos como factores de riesgo de la maternidad, recordemos que la Directiva 92/85/CEE no los prohíbe, aunque el empresario puede optar por considerar estas medidas para adaptar los puestos de trabajo⁴⁴⁵. Sí establece que las trabajadoras no podrán ser obligadas a realizar trabajos nocturnos o a turnos cuando una certificación médica determine su eliminación para garantizar la seguridad y salud de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, así como la del feto o la del hijo lactante en su caso. El legislador europeo sólo permite esta opción en base a un documento emitido por un facultativo en el que se indique que la trabajadora no debe realizar trabajos en horario nocturno, no se remite a la evaluación

⁴⁴² Por todos, GARCÍA SÁNCHEZ, J.D., "La elección del turno...", op. cit., pág. 62.

⁴⁴³ Comunicación COM (2000) 466 final de la Comisión, de 05/10/2000.

⁴⁴⁴ SSTC 62/2007 de 27/03/2007, F.J. 3; 221/2002, de 25/11/2002, F.J. 4; y 220/2005, de 12/09/2005, F.J. 4.

⁴⁴⁵ Un reciente estudio de la Universidad de Alberta (Canadá), ha concluido que las mujeres embarazadas que trabajan por la noche o durante muchas horas, tienen más riesgo de aborto involuntario (23%) o parto prematuro (21%), en comparación con aquellas que tienen un trabajo diurno. Asimismo, también tienen un 19% más de probabilidades de desarrollar presión arterial alta durante el embarazo, y un 75% más de probabilidades de desarrollar una presión arterial peligrosamente alta, conocida como preeclampsia (REDACCIÓN MÉDICA, "Las embarazadas que trabajan por la noche tienen más riesgo de aborto". Enlace: <https://bit.ly/34IsLbK>).

de riesgos, asumiendo desde la propia directiva la penosidad de estos trabajos para la mujer en determinadas situaciones biológicas⁴⁴⁶.

Nuestra legislación en este sentido es más flexible, permitiendo adoptar esa decisión en base a la evaluación de riesgos, no siendo necesaria la certificación médica al respecto. Probablemente el legislador no haya exigido el certificado en base a que, con carácter general, el empresario debe conocer el estado de salud de sus trabajadores nocturnos, incluidas las mujeres, en base al art. 36.4 LET⁴⁴⁷.

Los fallos judiciales al respecto, identifican el trabajo nocturno como una situación de riesgo para garantizar la seguridad y salud de la mujer, en tanto que “hay que partir de la presunción legal de riesgo y por lo tanto desvirtuar la misma acreditando aquellas circunstancias especiales que suprimen tal riesgo”⁴⁴⁸. El régimen de trabajo al que puedan estar sometidas las trabajadoras durante la lactancia materna, se admite como riesgo para la lactancia en determinados casos –tripulantes de cabinas de pasajeros–, puesto que el “sistema de turnos y de distribución horaria y la coincidencia de su prestación de servicios en vuelo impide la pauta de las tomas propia de la lactancia natural (...), así como la extracción de la leche materna y su conservación por la falta de espacio adecuado de las aeronaves y la insuficiencia de las instalaciones frigoríficas”. Este riesgo por tanto se hará efectivo cuando los horarios sean incompatibles con los periodos regulares de alimentación del lactante, puesto que puede ser origen de mastitis, la inhibición definitiva de la leche. En definitiva, el sistema de turnos influye negativamente en la salud del lactante –en este caso– al no poder dar al hijo la lactancia natural o tener que suspender la lactancia materna por las condiciones de trabajo⁴⁴⁹.

La doctrina más reciente del TS, establece que la evaluación debe recoger todos los riesgos que concurran en el puesto de la trabajadora, incluidos los que afecten a las condiciones del puesto sobre la eventual situación de maternidad o lactancia de la trabajadora. De lo que se trata es de la constatación de que el amamantamiento se vea dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral en función del horario de trabajo, puesto que, es tan perjudicial el contagio de la trabajadora y su eventual transmisión al menor a través de la leche materna, como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por ello, en caso de

⁴⁴⁶ BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., pág. 98.

⁴⁴⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F., en “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1998, pág. 719.

⁴⁴⁸ STSJ de Madrid de 30/12/2009.

⁴⁴⁹ SSTS de 24/04/2012 (Se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ de Madrid de 30/12/2010); 21/03/2013, 21/06/2012 y 22/11/2012. Sobre la doctrina del TS con relación a la lactancia de las tripulantes en cabina de pasajeros, véase BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., págs. 102 y ss. Véase igualmente DESVIAT, I., “¿Qué situaciones han considerado los tribunales como de riesgo para la lactancia natural con derecho a prestación?”, (NOTICIAS JURÍDICAS), Wolters Kluwer, 2017. Enlace: <https://bit.ly/3urkk0m>.

trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, será necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. En tal caso, será la empresa la que habrá de probar que la inexistencia de la situación de riesgo durante la lactancia natural, de acuerdo al cambio de doctrina del TS, por la que se invierte la carga de la prueba a partir de la STJUE de 19/10/2017 *Asunto Otero Ramos C-531/15*⁴⁵⁰.

En este sentido, la Asociación Española de Pediatría precisa que las circunstancias horarias pueden suponer un trastorno para el cuidado del lactante, tanto por la disfunción de horarios en la alimentación, como por la calidad y cantidad de la leche materna. “La prestación de servicios con estas alteraciones de tiempos, puede generar en la madre, estrés, aumento de cansancio y tensión física y emocional”, así como la “aparición de mastitis o la retirada progresiva de la leche”⁴⁵¹. Por ello, es esencial, poner a disposición de la trabajadora, las condiciones necesarias. Así, estas condiciones que permitan la extracción y conservación de la leche materna, no son objeto de tratamiento por parte de normas preventivas, centrándose esta última en la protección de la mujer lactante ante los riesgos a los que pudiera estar expuesta y que afectan al hecho biológico del amamantamiento. Sí sería necesario evaluar que riesgos genera para el menor, en base a la “organización vital o para la toma de decisiones basadas en preferencias o convicciones personales. Habrá que esperar a nuevos pronunciamientos jurisdiccionales en todo este terreno”⁴⁵².

En materia de negociación colectiva, son cada vez más frecuentes las cláusulas de los convenios colectivos que establecen como medida la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos para las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia⁴⁵³.

⁴⁵⁰ SSTs de 24/01/2019: núm. 53/2019 (rec. 2037/2017); núm. 54/2019 (rec. 3529/2017); y núm. 56 (rec. 4164/2017) y de 06/02/2019.

⁴⁵¹ ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo”, núm. 217, pág. 47.

⁴⁵² GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I., “Riesgo durante la lactancia natural y trabajo a turnos/nocturno. STS, Sala Social, de 6 de febrero de 2019 (RCUD núm. 4016/2017)”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 1, 2019. Los autores en su *apunte final*, critican que la STS de 06/02/2019, no resuelve la problemática del riesgo durante la lactancia natural. “El verdadero alcance del riesgo durante la lactancia natural (...) no ha sido completamente definido todavía. En el futuro deberá clarificarse, por ejemplo, si el riesgo durante la lactancia natural, como medida preventiva, debe atender en exclusiva a los peligros que el trabajo provoca en la seguridad y salud de la madre y/o del hijo, o ha de extenderse también a situaciones donde el trabajo no es un riesgo para la seguridad y la salud en sentido estricto”.

⁴⁵³ III Estudio de negociación colectiva sobre Prevención de riesgos laborales, Confederación Empresarial de Madrid, 2016, págs. 15-16. A modo de ejemplo citamos: Centro del ente Público Hospital Universitario de Fuenlabrada (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 02/04/2016); UTE Planta RSU Pinto (Urbaser, Sociedad Anónima; Dragados, Sociedad Anónima, y Comsa, Sociedad Anónima, (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 09/04/2016); y Transporte Integral de Paquetería, Sociedad Anónima (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 02/05/2016).

Sobre la efectiva ejecución de este tipo de medidas de adaptación, no es difícil encontrar situaciones en las que el empresario, debido al coste de las mismas o la dificultad técnica de llevarlas a cabo, opta por declarar la imposibilidad de adaptación del puesto y proceder al cambio del mismo⁴⁵⁴.

Para finalizar, una última medida que el legislador ha introducido en el art. 26 LPRL, es la referente al derecho remunerado de ausencia para la mujer, al objeto de realizar exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, siempre que justificara su realización dentro de la jornada de trabajo. Medida que, en su aplicación puede generar cierta polémica, puesto que altera la equivalencia contractual, por la que los empresarios se pueden retraer en la contratación de mujeres. Problemática evitable si el legislador hubiera extendido este derecho a los varones, puesto que se trata de una medida de conciliación de la vida familiar y laboral, más que un derecho de maternidad⁴⁵⁵. En cualquier caso, todo permiso vinculado al parto se debe considerar una medida específica de protección de la trabajadora, por su condición de mujer, sin que se pueda apreciar un trato discriminatorio o desigual si no se concede este permiso al hombre⁴⁵⁶.

2.4.3.3. El cambio a otro puesto de trabajo o función compatible con su estado biológico

La segunda medida protectora que plantea el art. 26 LPRL se refiere al cambio a otro puesto de trabajo compatible con su estado biológico, que únicamente podrá operar cuando no resultase posible adaptar sus condiciones o su tiempo de trabajo, o bien a pesar de esta adaptación, las condiciones de trabajo continuaran influyendo negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto. Es decir, la puesta en práctica de esta segunda medida dependerá de los resultados obtenidos en la primera de ellas, la adaptación del puesto o del tiempo de trabajo. De tal forma que se trataría de un nivel al que sólo se puede acceder cuando el primero no es factible o bien tras llevarlo a cabo, se determina su incompatibilidad con el estado biológico de la trabajadora.

Esquematisando el art. 26 LPRL para la puesta en marcha de esta segunda medida, el legislador ha considerado su activación en base a dos supuestos:

- 1. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible:** sin más elementos probatorios, lo que representa una evidente imprecisión de la norma que deriva en cierta inseguridad jurídica. Es

⁴⁵⁴ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., págs. 110-111. En referencia a PÉREZ DEL RÍO, M.T., BALLESTER PASTOR, M.A., “Mujer y salud...”, op. cit., pág. 55.

⁴⁵⁵ Por todos, LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., pág. 359.

⁴⁵⁶ SELMA PENALVA, A., “De los exámenes prenatales...”, op. cit., pág. 158.

decir, en principio si el empresario considera que no puede adaptarse las condiciones o el tiempo de trabajo a la mujer, podría activar la medida de cambio de puesto de trabajo, siempre que se cumplan los requisitos al efecto. Todo ello, entendemos que el empresario lo podrá realizar en base a informes técnicos preventivos, como la propia evaluación de riesgos laborales, único argumento que permite al empresario adoptar una decisión sobre esta imposibilidad. En este sentido, entendemos que tanto la evaluación de riesgos inicial como la adicional, así como el informe médico de vigilancia de la salud en el que se certifique esta imposibilidad –de acuerdo a su historial médico y al puesto de trabajo que ocupa–, son las herramientas que puede emplear el empresario para justificar en base a criterios técnicos médicos la imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo.

El art. 5 de la Directiva 92/85/CEE establece que el empresario adoptará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada, “si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados”. Es decir, la directiva europea impone que debe acaecer una imposibilidad técnica u objetiva o de razonable inexigibilidad para llevar a cabo la adaptación del puesto de trabajo. La doctrina científica interpreta que se debe aplicar el art. 26 LPRL teniendo en cuenta la redacción del citado art. 5, pudiéndose alegar motivos relacionados con causas económicas, técnicas u organizativas, pero que en ningún caso se puede dejar a mayor o menor conveniencia personal del empresario, siendo inadmisibles las alegaciones subjetivas o aquellas que no tienen justificación alguna⁴⁵⁷. Siguiendo el literal de la norma, el legislador no contempla ninguna forma de acreditar esa imposibilidad, criterio que sería muy útil para saber identificar situaciones o condiciones de trabajo que, en su relación con la maternidad, hagan inviable la presencia de la mujer en su puesto de trabajo. Todo ello debería hacerse de acuerdo a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad en la medida de lo posible.

En nuestra opinión, se trata de un supuesto impreciso y con cierto nivel de inseguridad jurídica, puesto que los criterios establecidos por el legislador para evitar la adaptación o el cambio del puesto de trabajo, otorgan al empresario un extenso margen de actuación, permitiéndole justificar esta imposibilidad de cambio a través de una amplia variedad de causas –económicas, técnicas u organizativas–, que evitarían aplicar los principios generales de la actuación preventiva. Por ello, el legislador debería otorgar mayor precisión y rigor

⁴⁵⁷ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 122; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos” en CASAS BAAMONDE, M.E. et al, “Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales”, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 45; LOUSADA AROCHENA, J.F., “El riesgo...”, op. cit., pág. 573.

jurídico, especificando la forma de proceder ante esta situación, e incluso exigiendo la documentación que fuera necesaria, al objeto de evitar un uso arbitrario de este supuesto.

- 2. Cuando a pesar de la adaptación previa, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto:** lo que conlleva necesariamente una certificación de los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. En este caso, no es suficiente con la evaluación de riesgos laborales, puesto que ya se ha realizado la adaptación previa, sino que será necesario un certificado médico que acredite la existencia de riesgos no detectados o no eliminados y que puedan ser nocivos para la maternidad⁴⁵⁸. Parte de la doctrina científica justifica el reconocimiento médico como medida necesaria para evitar un uso arbitrario de esta medida, al objeto de “esconder intenciones discriminatorias o sancionadoras con respecto a la trabajadora por razón de su embarazo”⁴⁵⁹.

Este cambio de puesto o funciones se deberá realizar de acuerdo a las reglas y criterios en materia de movilidad funcional (art. 39 LET) y tendrá una duración limitada en el tiempo, de forma que la trabajadora se reincorporará a su puesto de origen en el momento en el que el estado de su salud así lo permita. Si de acuerdo a las reglas de movilidad funcional mencionadas, no hubiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, conservando en todo momento el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

A pesar de que la medida prioritaria para la protección de la maternidad es la adaptación del puesto de trabajo, el legislador le otorga al cambio de puesto o funciones una importancia enorme, habida cuenta de los recursos que anualmente se dedican al fomento de esta medida empresarial. Así, como ejemplo más reciente, encontramos los Presupuestos Generales del Estado para 2021, en los que se recoge una bonificación en la cotización a la Seguridad Social en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional. Es decir, en aquellos supuestos en los que por razón de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora, en virtud de lo previsto en el art. 26 LPRL, sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, se aplicará, con respecto a las cuotas devengadas durante el período de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o función, una bonificación del 50 por ciento de la aportación

⁴⁵⁸ ARENAS VIRUEZ, M., “Riesgo durante el embarazo...”, op. cit. pág. 62.

⁴⁵⁹ ARENAS VIRUEZ, M., “Riesgo durante el embarazo...”, op. cit. pág. 62; PURCALLA BONILLA, M.A., RIVAS VALLEJO, M.P., “La protección de la maternidad en la relación laboral”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1998, pág. 815.

empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes⁴⁶⁰. Pero no sólo durante 2021 se ha aplicado esta medida, sino que desde el año 2008 se lleva aplicando una disposición similar –reducción en la cotización a la Seguridad Social–, en las correspondientes leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado⁴⁶¹. En nuestra opinión, esta bonificación estimula la actuación empresarial a favor del cambio de puesto de trabajo y en detrimento de la adaptación, hecho que no puede justificarse en base a criterios legales, sino que la propia evaluación de riesgos y el listado de puestos de trabajo exentos de riesgo, son los que determinarán la imposibilidad de adaptación. En cualquier caso, con esta medida se pretende bonificar o compensar al empresario con el fin de motivarlo a intensificar esfuerzos para que las trabajadoras no lleguen a necesitar pasar a la situación de suspensión de contrato, figura de la que quizás se podría llegar a abusar o usar de manera arbitraria en detrimento de la adaptación o el cambio de puesto de trabajo. En cualquier caso, parece que los resultados de estas bonificaciones son muy reducidos, teniendo en cuenta que el número de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social concedidas por cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia fue de 118 en el año 2018 y de 30 en el año 2019⁴⁶².

Para la puesta en marcha de esta medida, además de justificar la imposibilidad de la adaptación del tiempo o condiciones de trabajo, el empresario debe adoptar dos medidas concretas:

- 1. Aplicar el procedimiento de gestión interna en la empresa:** en el que se establezca un método sistemático de actuación para la adopción de las medidas preventivas necesarias al objeto de garantizar la protección de la salud de la mujer embarazada o lactante, así como de su descendencia, frente a los riesgos derivados del trabajo⁴⁶³.
- 2. Determinar el puesto de destino de la trabajadora:** que deberá encontrarse en el listado de puestos de trabajo exentos de riesgo para la maternidad, que el

⁴⁶⁰ Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021. Disposición adicional centésima vigésima tercera.

⁴⁶¹ Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 (Disposición adicional quinta); Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 (Disposición adicional séptima); Ley 26/2009, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (Disposición adicional quinta); Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (Disposición adicional quinta); Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (Disposición adicional séptima); Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (Disposición adicional septuagésima séptima); Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (Disposición Adicional Septuagésima octava); Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (Disposición Adicional Octogésima quinta); y Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (Disposición adicional octogésima sexta).

⁴⁶² Informe de fecha de 12/05/2021, firmado por el Director General del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), D. Gerardo Gutiérrez Ardoy, ante la petición formulada en fecha de 26/04/2021.

⁴⁶³ Véase epígrafe 2.4.2.5 de este *Capítulo*.

empresario debe haber elaborado previamente, como resultado de la evaluación de riesgos. Esta relación obligatoria debe estar disponible durante esta fase de cambio de puesto de trabajo, al objeto de poder conocer sin ningún género de duda, cuáles son compatibles con un estado biológico concreto. Como se puede evidenciar, la falta de este listado impedirá el cumplimiento empresarial del cambio de puesto de trabajo de la mujer⁴⁶⁴.

En cuanto a la documentación médica necesaria para poder adoptar esta medida, citamos:

1. **Informe del médico del Servicio Nacional de Salud:** que asista facultativamente a la trabajadora, en el que se especifique: 1) el estado de gestación o lactancia de la trabajadora; y 2) las posibles consecuencias negativas del trabajo sobre ambos estados biológicos. El facultativo encontrará dificultad en la elaboración de la segunda parte del informe puesto que, en principio, no tiene acceso a información relevante sobre la organización de la empresa, las condiciones de trabajo de la mujer y como éstas pueden afectar a la trabajadora. La única información de la que dispone el facultativo, es la que voluntariamente la interesada le transmita. En este sentido, cabría plantearse si el informe debe expedirse con la información facilitada por la trabajadora, o bien la empresa debería facilitar esta información al facultativo, para que así tenga más argumentos para emitir un juicio de valor con mayor fundamentación laboral. En este sentido, sería muy necesaria la buena fe de todas las partes implicadas para llevar a buen término este informe con la precisión que requiere el asunto en cuestión⁴⁶⁵.

Sobre la naturaleza del informe, precisar que es preceptivo a la certificación médica, pero no vinculante, puesto que la facultad de decidir corresponde a otro órgano, por lo que podría ser contrario a la decisión final.

2. **Certificación médica:** en la que se determine que el puesto de trabajo que ocupa la mujer es incompatible con su estado biológico, hecho que deberá ser certificado por los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Esta certificación estaría motivada para expresar formalmente la persistencia de riesgos para la trabajadora.

Ambos informes médicos (párrafos 1 y 2 anteriores), son esenciales para llevar a cabo esta segunda medida, puesto que si no se evidencia que la trabajadora se encuentra sometida en su puesto de origen a condiciones que pudieran influir

⁴⁶⁴ Véase epígrafe 2.4.2.4 de este *Capítulo*.

⁴⁶⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo", *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 99, 2000, pág. 32.

negativamente en su salud o en la del feto o hijo, el empresario no estaría en la obligación de cambiar a la mujer de puesto de trabajo, porque no hay reconocida incompatibilidad con su estado biológico concreto⁴⁶⁶.

Profundizando en el requisito de la certificación médica, como ya hemos mencionado en epígrafes anteriores, esta cuestión fue objeto de modificación tras la entrada en vigor de la LCVFL y la LOIMH. Anteriormente, los médicos del Sistema Público de Salud eran los que tenían esta capacidad de certificación, hecho que fue muy criticado, puesto que únicamente permitía realizarlo a los facultativos de la Seguridad Social, impidiendo a los médicos del trabajo realizar esta actuación concreta⁴⁶⁷. En la actualidad, siguiendo el literal de la ley, el médico del Sistema Nacional de Salud realiza un informe que no es de carácter vinculante, siendo los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social –en su caso– los que deciden y certifican el hecho concreto. Generaba cierta polémica el hecho de que sean los Servicios Médicos del Sistema Nacional de Salud los que decidieran sobre una cuestión que no dejaba de ser interna a la empresa, como es el cambio de puesto de trabajo. Quizás tenía más sentido esta reforma a partir del año 2008, cuando comenzaron a incluirse –cada año– en las correspondientes leyes de Presupuestos Generales del Estado una reducción y actualmente bonificación (2021) del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, en los casos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. Reducción que corría a cargo de la Seguridad Social⁴⁶⁸.

Sobre la forma de efectuarse este cambio de puesto de trabajo o de funciones laborales concretas, podemos distinguir las dos siguientes:

- 1. Cambio de puesto dentro del mismo grupo profesional:** o en su caso, entre grupos profesionales equivalentes (art. 22 LET); es la denominada movilidad funcional ordinaria u horizontal, que se acoge a las reglas y criterios de los arts. 39.1 y 39.3 LET. Si bien, se diferencia del mecanismo previsto en la LET en que este cambio no es de origen laboral, sino que responde al deber de protección de la seguridad y salud de la trabajadora y su descendencia, por lo que se muestra obligatoria su puesta en marcha en determinadas situaciones. Sobre esta

⁴⁶⁶ STSJ de Andalucía de 06/02/2017. Véase comentario sobre esta sentencia en DIARIO LA LEY, “Anulada la sanción a una empresa por no cambiar de puesto de trabajo a una embarazada que abortó. *TSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 6 febrero 2017*”, núm. 9.062, Sección Jurisprudencia, 17 de octubre de 2017, Wolters Kluwer.

⁴⁶⁷ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 244.

⁴⁶⁸ Conviene recordar que la diferencia entre las reducciones y las bonificaciones de cuotas radica en quién se hace cargo de las mismas: las reducciones son a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social y se gestionan por la TGSS (se financian con las cuotas generales) y las bonificaciones de cuotas son a cargo del Presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal SEPE (se financian con las cuotas por desempleo) o del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (con las partidas de los PGE) (BENEYTO CALABUIG, D. et al, “Soluciones de Seguridad Social”, CISS- Kluwer, Madrid, 2007).

modalidad, dos limitaciones se deben tener en cuenta: 1) las titulaciones académicas y profesionales de la trabajadora con relación a las tareas asociadas al puesto de trabajo de destino; y 2) no pueden existir perjuicios para la formación y promoción profesional, aunque el cambio de puesto de trabajo no es una opción, sino un deber tanto para el empresario como para la trabajadora, puesto que lo que está en juego es su propia salud y la de su descendencia, en definitiva, el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE). En cualquier caso, el traslado deberá respetar los límites propios de la movilidad funcional ordinaria u horizontal: 1) titulación académica y profesional; 2) dignidad del trabajador; y 3) retribución correspondiente a las funciones que efectivamente se realicen.

2. Cambio de puesto a otro grupo profesional: llamada movilidad funcional extraordinaria o vertical, por la que la trabajadora podrá ser cambiada a otro puesto en distinto grupo profesional, pudiendo ser superior o inferior. Esta modalidad sólo podrá llevarse a cabo si no ha podido aplicarse la movilidad funcional ordinaria u horizontal. Las reglas de aplicación serán las establecidas en el art. 39.2 y 39.3 LET. La trabajadora tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen.

Sobre las consecuencias que se podrían derivar de la aplicación de la movilidad funcional, tanto horizontal como vertical, se deberá tener en cuenta: 1) la trabajadora realizará las funciones y tareas concretas de su nuevo puesto de trabajo, lo que conlleva que el empresario debe actualizar la formación e información preventiva para dar cumplimiento a los arts. 18 y 19 LPRL; y 2) la norma no recoge expresamente la posibilidad de que la trabajadora cambie de centro de trabajo como consecuencia del cambio de puesto, hecho que se debería tener en cuenta, puesto que podría darse el supuesto de que en el centro en el que se encontrara, no hubiera puesto compatible con su estado biológico, y en cambio si lo hubiera en otro centro de trabajo. Sobre esto último, parte de la doctrina considera que nada impide el cambio de centro pero que, sin embargo, no le debe ser de aplicación las reglas y criterios de la movilidad geográfica (art. 40 LET), pues ello sería contrario a la finalidad prevencionista del art. 26 LPRL⁴⁶⁹. Sin embargo, si le serían aplicables las garantías económicas derivadas de la propia movilidad.

Al igual que sucede con la adaptación del tiempo o condiciones de trabajo, esta medida se aplica de forma limitada en el tiempo, “hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto”. Afirmación

⁴⁶⁹ Por todos, MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 253; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., PÉREZ BORREGO, G., “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en OJEDA AVILÉS, A. et al, “La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos claves de la Ley 31/1995, Aranzadi, 1996, pág. 425.

que, en nuestra opinión y si nos acogemos al literal, no está redactada de forma precisa, puesto que el motivo por el que se le cambia de puesto de trabajo a la mujer no es su estado de salud, sino la incompatibilidad del embarazo o la lactancia natural con las condiciones de trabajo del puesto de origen. Por tanto, lo habitual es que la trabajadora se reincorpore a su puesto de origen cuando finalice el embarazo o el periodo de lactancia natural, salvo que un certificado médico determine que la trabajadora puede regresar a su puesto porque ha cesado el riesgo sobre el que era incompatible su estado biológico. Entendemos que, en ese momento el empresario deberá emitir informe sobre el cambio de las condiciones de trabajo y la eliminación de los riesgos concretos que afectaban a la maternidad, no siendo necesario, por tanto, un nuevo certificado médico⁴⁷⁰.

2.4.3.4. La suspensión del contrato de trabajo por riesgo en el embarazo o la lactancia natural. La prestación económica de la Seguridad Social.

La última medida protectora de la maternidad en el puesto de trabajo es la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural. Se trata de una medida excepcional, que únicamente podrá llevarse a cabo cuando: 1º) se constate que hay un riesgo que puede afectar negativamente sobre la salud de la mujer y la de su feto o hijo (riesgo que previamente no ha podido eliminarse); 2º) no es posible la adaptación del tiempo o del puesto de trabajo o que dicha adaptación no elimina el riesgo para la salud de la trabajadora o su descendencia; y 3º) no es posible el traslado de la trabajadora a un puesto o función diferente y compatible con su estado biológico, aplicando los principios de la movilidad funcional o incluso a un puesto no correspondiente a su grupo profesional. Por tanto, esta medida constituye la última posibilidad para evitar la exposición de la trabajadora al riesgo⁴⁷¹.

El origen de esta medida se halla en la modificación del art. 26 LPRL que introdujo la LCVFL, en la que se establecía que, si el cambio de puesto no era técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados, podría declararse el paso de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1.d) LET. La suspensión tendría lugar durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persistiera la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. Este cambio vino a suplir el vacío que se originó tras la transposición al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 92/85/CEE que, en nuestra opinión fue incompleta, puesto que no contemplaba la posibilidad que no pudiera llevarse a buen término la adaptación o el cambio de

⁴⁷⁰ NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., "Políticas de tutela...", op. cit., págs. 58-59.

⁴⁷¹ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; "La protección de la maternidad...", op. cit., pág. 145.

puesto de trabajo de la mujer embarazada o durante la lactancia natural⁴⁷². En el supuesto de lactancia natural, la LOIMH modificó el art. 26 LPRL incorporando un nuevo párrafo en el apartado cuatro, en el que establecía que igualmente podría declararse el paso de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural, en el caso de hijos menores de nueve meses, supuesto que se contempla igualmente en el art. 45.1.d) LET.

Por tanto, se trata de una medida a aplicar de forma subsidiaria y que determina que la trabajadora pasará a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural, y permanecerá en la misma durante todo el tiempo que subsista el riesgo. Si éste no cesa hasta el momento del parto o hasta que el menor cumpla los nueve meses de edad en caso de la lactancia natural, hasta esa fecha subsistirá la situación protegida y la correspondiente prestación⁴⁷³. Su aplicación práctica se resume en que la trabajadora queda exonerada o dispensada de su deber contractual de trabajo, sin tener que acudir a su puesto hasta que los riesgos que sean perjudiciales para su salud o la de su descendencia hayan sido eliminados o bien que haya otro puesto compatible con su estado biológico. En todo caso, esta exoneración o dispensa finalizará cuando comience la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor⁴⁷⁴. Por último, es importante poner de manifiesto que esta medida excepcional tiene asignada una prestación económica de la Seguridad Social que trata de cubrir la pérdida de ingresos que se produce cuando la trabajadora es declarada en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural. Con ésta, se garantiza el percibo de un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, que será la establecida para la prestación de IT derivada de contingencias profesionales⁴⁷⁵.

Su puesta en marcha plantea varios interrogantes que, en nuestra opinión, el legislador no ha definido de forma precisa:

- 1. El hecho causante o determinante:** es decir, cuáles son los requisitos o que acción previa debe producirse para que se pueda declarar el paso a la suspensión del contrato. El legislador establece que, si el cambio no fuera “técnica u objetivamente posible” o, “no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados”, “podrá” declarare el paso a la situación de suspensión del contrato.

⁴⁷² Sobre la modificación del art. 26 LPRL por parte de la LCVFL, véase CAVAS MARTÍNEZ, F. “Legislación Laboral y Responsabilidades Familiares del Trabajador (I): algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, págs. 89-100; y BALLESTER PASTOR, M.A., “La ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

⁴⁷³ SSTSJ de Navarra de 27/03/2002, 30/04/2002 y 13/06/2002; STSJ de Cataluña de 18/11/2004; STSJ de las Islas Baleares de 05/06/2006.

⁴⁷⁴ Art.48.4 LET.

⁴⁷⁵ Sobre el desarrollo de esta prestación véase *Capítulo 4* de este trabajo.

Nos surge la siguiente pregunta: *¿quién o cómo se decide en qué grado y de qué forma estos términos son determinantes para que se suspenda el contrato?* La respuesta no la podemos encontrar en la norma puesto que, en nuestra opinión, es manifiestamente ambigua en estos términos y no aclara la forma de ejecución de esta última medida preventiva. La imposibilidad técnica u objetivamente posible del cambio del puesto de trabajo, debemos entenderla vinculada a la existencia de circunstancias relacionadas con la organización de la empresa: 1) de tipo técnico: discordancias entre la capacidad de la trabajadora y la exigida para desempeñar las tareas de los puestos exentos de riesgo; y 2) de tipo objetivo: situaciones en las que sólo haya un puesto de trabajo, en las que todos los puestos presentan los mismos riesgos, o en las que no está disponible ningún puesto de trabajo exento de riesgo⁴⁷⁶.

En cuanto a los “motivos justificados”, destacar que existe una gran indefinición y ambigüedad en los términos, no precisando si se trata de motivos organizativos, técnicos, productivos o económicos. En todo caso, esta imprecisión en los términos puede animar al empresario a evitar la aplicación de las medidas protectoras que deben primar –adaptación y cambio de puesto– frente a la suspensión del contrato, medida de carácter excepcional. En nuestra opinión, serían necesarios mecanismos que permitan dilucidar la imparcialidad ante la existencia del riesgo y la imposibilidad de adaptación o cambio de puesto de trabajo⁴⁷⁷.

Entendemos que en el momento en el que surjan controversias laborales sobre su aplicación, los tribunales de justicia serán los que deban aportar las soluciones sobre su aplicabilidad⁴⁷⁸. En la práctica, esta ambigüedad puede facilitar esta medida suspensiva como medida para afrontar la problemática de la protección de la maternidad⁴⁷⁹.

- 2. Responsable de la medida:** quién debe ser el que active la medida protectora y cuando deberá producirse. Entendemos que el empresario es el obligado a su puesta en marcha, cuando no pueda producirse la adaptación o el cambio de puesto. Nos referimos a un deber empresarial, no una facultad, sino como mandato previsto en el art. 26 LPRL. Fíjese que no hay ningún tipo de control sobre las decisiones del empresario, en el sentido de que él estima la imposibilidad de adaptación o cambio y, por tanto, es el que debe promover el

⁴⁷⁶ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., págs. 146-147.

⁴⁷⁷ La doctrina científica considera que existe una amplia ambigüedad e indefinición en los términos del art. 26.4 LPRL. Por todos, SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., págs. 148-149, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La suspensión del contrato...”, op. cit. pág. 40; VALLE MUÑOZ, F.A., “La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares”, Colex, 1999, pág. 137.

⁴⁷⁸ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., págs. 257-258.

⁴⁷⁹ NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., “Políticas de tutela...”, op. cit., págs. 59 y 84.

paso a la situación de suspensión. En esta tarea, debe jugar un papel esencial el servicio de prevención de riesgos laborales, que debe actuar únicamente en base a criterios técnico legales, conservando su independencia y autonomía frente a cualquier otra argumentación empresarial. En cualquier caso, no parece que el objetivo del legislador haya sido dejar toda la decisión en manos del empresario, puesto que sus errores en las medidas que deba adoptar, podrían acarrear graves consecuencias para la trabajadora o su descendencia, y ello haría carecer de sentido la finalidad del art. 26 LPRL⁴⁸⁰.

- 3. La posición de la trabajadora:** debemos afirmar que la trabajadora tiene el deber de cumplir con la decisión que adopte el empresario con relación a la suspensión del contrato, ya sea por riesgo durante el embarazo, como por riesgo durante la lactancia natural. En este sentido, no se trata de una facultad de la trabajadora, sino que es una obligación ejecutar la medida que plantee el empresario. Ante una propuesta de suspensión, la trabajadora podrá oponerse utilizando los cauces legalmente previstos, pudiendo impugnar la decisión ante los tribunales. Si el empresario se opone a la suspensión del contrato que solicita la trabajadora, ésta podrá reclamar judicialmente y no podrá solicitar la prestación correspondiente. En este supuesto la mujer tendrá dos alternativas: 1) continuar trabajando hasta que obtenga una resolución judicial favorable; o 2) negarse al trabajo y en el supuesto que el tribunal falle en favor de la trabajadora, el empresario deberá reintegrarle el salario dejado de percibir⁴⁸¹.

Esta materia cuenta con una copiosa –y reciente– doctrina jurisprudencial que se inicia con las comentadas SSTs de 17/03/2011 y 18/03/2011, y que de manera reiterada han ido citando los correspondientes pronunciamientos judiciales⁴⁸². La jurisprudencia en este sentido, pone de manifiesto que esta medida es de carácter subsidiario de segundo grado, en el caso de la presencia de un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo, que sólo cabría adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato. Los riesgos deben estar debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica con relación al embarazo o la lactancia, puesto que, con esta información se podrían detectar los puestos exentos de riesgo para la maternidad.

Sin embargo, no basta únicamente con la presencia de estos riesgos específicos, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a puesto compatible; medidas que, de no adoptarse,

⁴⁸⁰ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 150, en referencia a GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La maternidad y su consideración...”, op. cit., pág. 83.

⁴⁸¹ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 260.

⁴⁸² STS de 01/10/2011, 01/10/2012, 07/04/2014 y 28/10/2014. SSTSJ de Galicia de 07/06/2017, 27/09/2017.

siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión. El derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no podría verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar –al margen de la procedencia en su caso del anticipo de la prestación– el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas.

Para finalizar este epígrafe, en nuestra opinión, el planteamiento legal de esta medida es, en líneas generales, positivo para garantizar la seguridad y salud laboral de la mujer trabajadora embarazada y la de su descendencia. Fueron determinantes la LCVFL y la LOIMH, para transponer definitivamente la Directiva 92/85/CEE y para otorgarle a la lactancia natural el mismo sistema protector que el embarazo. Sin embargo, debemos acudir al carácter excepcional de esta acción preventiva, pues puede convertirse en una medida generalizada si no se establecen limitaciones a su uso. En primer lugar, creemos imprescindible que el legislador plantee medidas adicionales de control –además de la certificación por los servicios médicos del INSS o la mutua colaboradora– sobre el uso excepcional de esta medida, que el empresario puede justificar en base a una inadecuada e interesada gestión integral de los riesgos laborales que puedan afectar a la maternidad. Todo ello, con el objetivo de “trasladar la problemática” a la Seguridad Social, incumpliendo con ello su deber de protección del art. 26 LPRL. En segundo lugar, el coste de la prestación económica de la suspensión del contrato, corre a cargo de la Seguridad Social, por lo que se traslada al sistema público el coste de la PRL, medida que en nuestra opinión es positiva, puesto que no debe recaer sobre el empresario o la trabajadora una medida de este tipo. Además, contribuye en gran medida a que el empresario cumpla sus obligaciones en materia de protección de la maternidad. Por último, entendemos que se deben fomentar las acciones preventivas que vayan dirigidas a la adaptación del tiempo o condiciones de trabajo y al cambio de puesto de la trabajadora. Creemos que las medidas de bonificación del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, para los casos de cambio de puesto de trabajo, que anualmente se aprueban en la LPGE, son muy positivas e incentivan el cumplimiento preventivo empresarial, pero que, sin embargo, estimamos que no han originado el resultado esperado⁴⁸³.

⁴⁸³ En este sentido, véase NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., “Políticas de tutela...”, op. cit., pág. 141, en la que se determina que, con un estudio de una muestra de 176 trabajadoras embarazadas con baja laboral, el 97,6% de las mujeres comunicó su estado al empresario; y sin embargo únicamente se adaptó/cambió el puesto al 6,4% de las mismas. En cualquier caso, para mantener esta afirmación, será necesario realizar un exhaustivo estudio sobre las repercusiones preventivas de las medidas de bonificación citadas.

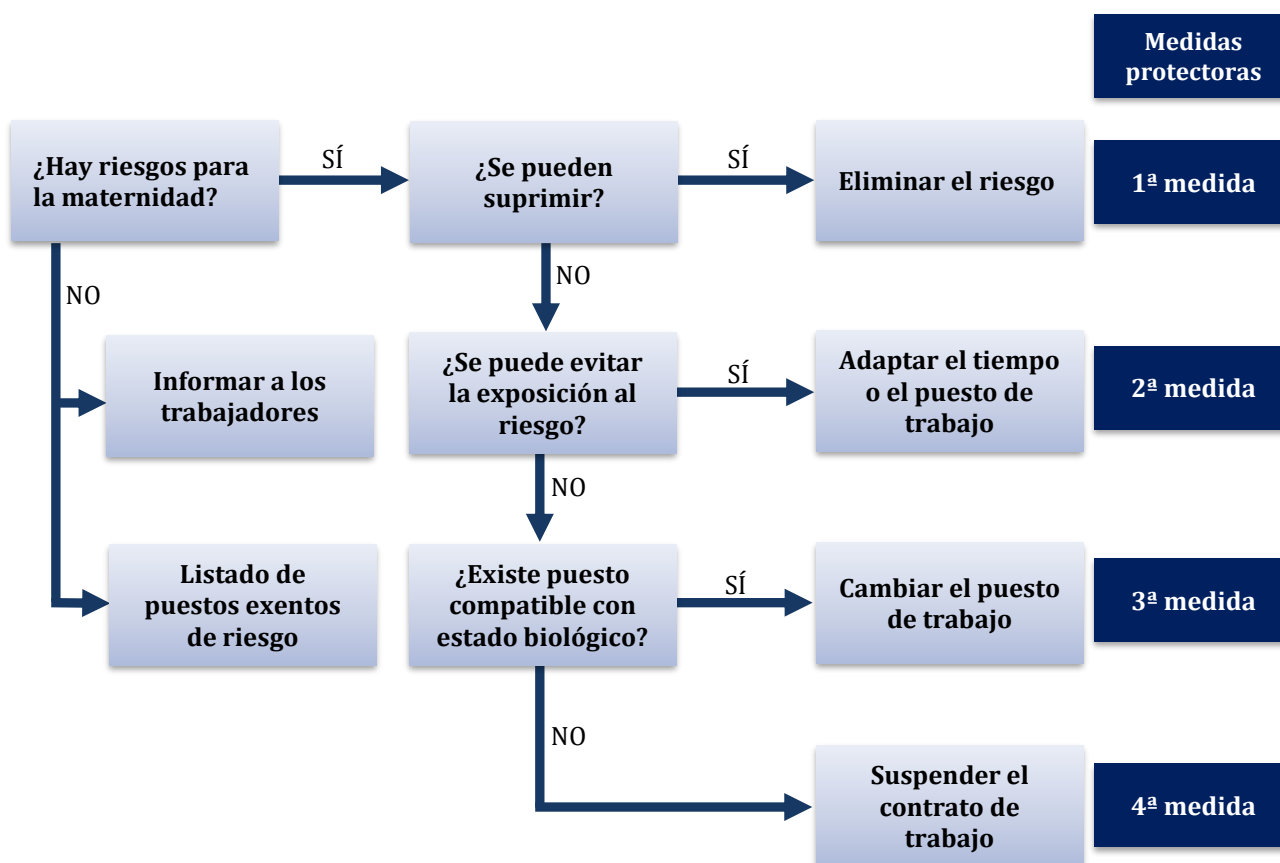


FIGURA 2.4. Esquema general de las medidas protectoras de la maternidad en el lugar de trabajo.

2.4.3.5. Los derechos económicos por cambio de condiciones o de puesto de trabajo

La puesta en marcha de las diferentes medidas de la acción protectora de la maternidad, conlleva en numerosas ocasiones conflictos de tipo económico, basados en las retribuciones a las que tendría derecho la mujer, tras los cambios en su puesto de trabajo. Nos planteamos la siguiente cuestión: si la trabajadora no realiza sus funciones en las mismas condiciones que tenía antes del embarazo o la lactancia, *¿supone la obligación del empresario de remunerar determinados complementos y pluses que se abonan en función del trabajo realizado?*⁴⁸⁴. La respuesta a esta pregunta reside por tanto en la posible minoración de las retribuciones tras la adaptación o el cambio de puesto de trabajo. Veamos la respuesta.

En primer lugar, cuando se produce una adaptación del tiempo o condiciones de trabajo, los pronunciamientos judiciales no dejan lugar a dudas y estiman que la trabajadora no debe sufrir las consecuencias de la obligación empresarial de adaptar el puesto de trabajo a la situación de embarazo. Por lo que, el coste no debe soportarlo la

⁴⁸⁴ MORENO SOLANA, A., "La prevención de riesgos laborales...", op. cit., págs. 222-223.

mujer gestante o lactante, como así se desprende de la Directiva 92/85/CEE (el art. 11.1 determina que, con motivo de la adaptación del puesto de trabajo, la trabajadora debe conservar los derechos inherentes al contrato, incluido el del mantenimiento de la remuneración), de lo contrario se produciría una discriminación directa por razón de sexo por todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (art. 8 LOIMH)⁴⁸⁵. Estos fallos judiciales se refieren particularmente a trabajadoras de servicios públicos de salud que, tras la adaptación de sus puestos de trabajo por embarazo, el servicio de prevención de riesgos laborales determinó que no debían realizar guardias médicas de urgencias. Las guardias son obligatorias para los facultativos y es por ello que eximir a la trabajadora de las mismas por dar cumplimiento al art. 26 LPRL, implica que deben retribuirse las guardias, aunque no se hayan efectivamente realizado, puesto que, de otra forma, no se hace plenamente efectivo el derecho de la trabajadora reconocido en la LPRL.

Por el contrario, se ha producido algún pronunciamiento judicial (STSJ de Madrid de 23/02/2015) que matiza este mantenimiento de la retribución, determinando que, si existe algún tipo de compensación o de reequilibrio posterior a la situación de embarazo –en el caso concreto, el contrato de la trabajadora se prorrogó durante tres meses más– de forma que le permita la realización de un número de guardias similar y una similar compensación retributiva, no se produciría una situación discriminación por razón de sexo⁴⁸⁶. Sentencia casada y anulada por la STS de 24/01/2017, en la que se falla en sentido contrario, determinando que la prórroga del contrato de trabajo durante tres meses adicionales, compensación a la que se refería la sentencia de origen, “no afecta a la cuestión del salario percibido durante el periodo de adaptación del puesto, ya que, en todo caso, las guardias efectuadas durante la prórroga fueron remuneradas por el tiempo efectivamente trabajado como tales guardias, es decir, retribuían trabajo efectivo en las condiciones a las que se refiere el complemento en cuestión y, por tanto, no se estaba remunerando otra cosa distinta que lo objetiva y justamente debido”. Para ello, el alto tribunal utiliza el argumento de la comparación entre diferentes medidas preventivas. Así, suponiendo que no hubiera podido llevarse a cabo la adaptación ni el cambio de puesto, operaría entonces la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. En este supuesto, la trabajadora pasaría a percibir la prestación consistente en el 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, la cual es la misma que la establecida para la prestación de incapacidad temporal por contingencias profesionales. Esto comporta tomar como base reguladora la correspondiente al mes anterior a la baja y, por ende, a incluir en la misma el salario percibido en dicha mensualidad, incluyendo, en suma, todos los complementos salariales. Por tanto, le hubiera correspondido una

⁴⁸⁵ STSJ de Castilla La Mancha de 07/11/2012; STSJ de Extremadura de 29/11/2001; STSJ de Cataluña de 20/07/2000; STSJ de Madrid de 28/07/1999.

⁴⁸⁶ En términos similares se falló la STSJ de Madrid de 13/04/2015.

prestación que “mantendría el más perfecto equilibrio con el salario que venía percibido antes de incurrir en situación de riesgo, y tal equilibrio se produciría por incluirse en aquel, el importe del complemento de atención continuada que hubiera percibido en la mensualidad anterior”.

Por todo ello, continua el tribunal afirmando que es difícil sostener que “cuando la adaptación del puesto es posible, como en el caso, la trabajadora afectada pueda sufrir una disminución salarial”, que no se produciría en el caso de “suspensión del contrato de trabajo, en que, como hemos visto, las cotizaciones por las guardias médicas del mes anterior tendrán reflejo también en la prestación”. Concluye que en este supuesto se situaría a la trabajadora en un “nivel de tratamiento retributivo inferior incluso a la situación de no prestación de servicios, con lo que se pone en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas”, apreciándose la existencia de vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo y declarando nula la decisión de la empresa consistente en la minoración retributiva durante el período afectado⁴⁸⁷.

Ante el argumento de la comparación entre los efectos económicos de la aplicación de diferentes medidas preventivas, encontramos una particularidad que el tribunal no ha tenido en cuenta. En el supuesto del percibo de la prestación por riesgo durante el embarazo, la carga económica del mismo recae sobre la entidad gestora o por la mutua con la que la empresa tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales, siendo por tanto asumido por el Estado el coste de la protección de la trabajadora embarazada. Hecho que no sucede con la retribución durante la adaptación del puesto, que sería a cargo del empresario⁴⁸⁸. Por tanto, hablamos del “coste de la adaptación del puesto de trabajo”, que recae en el empresario, medida que podría producir un efecto contrario al deseado, puesto que: 1) podría disuadir al empresario a contratar mujeres en edad fértil para la realización de tareas que supongan un riesgo para la maternidad; y 2) podría favorecer el que la empresa intentara lograr la suspensión del contrato en lugar de la adaptación del puesto o el cambio, con el perjuicio que ello implica tanto para la mujer –que se ve apartada temporalmente del mercado laboral– como para el mismo sistema público de pensiones⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Sobre la STS de 24/01/2017, véase ARAGÓN GÓMEZ, C., “El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable, a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo”, *Revista de Información Laboral*, 6/2017, págs. 119-157; CANO GALÁN, Y., “Un nuevo caso de discriminación por razón de sexo: la no retribución de guardias no realizadas por adaptación de puesto de trabajo por embarazo y lactancia”, *Diario La Ley* nº 8983, Wolters Kluwer, 2017; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2, 2018, pág. 71; y SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2017”, op. cit., pág. 442.

⁴⁸⁸ ARAGÓN GÓMEZ, C., “El impacto de la maternidad...”, op. cit., pág. 147.

⁴⁸⁹ ARAGÓN GÓMEZ, C., “El impacto de la maternidad...”, op. cit., pág. 149.

En segundo lugar, si se produce un cambio de puesto, la trabajadora “conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”. Si la mujer cambia de puesto de trabajo a través de la movilidad horizontal, es decir, dentro de su mismo grupo profesional, o si lo hace a través de la vertical a un grupo inferior, parece que no hay duda sobre la interpretación de esta afirmación. En caso contrario, “la carga de la maternidad habría de ser soportada económicamente por la mujer y, la Ley se dirige, no sólo a liberarle de los posibles riesgos que para ella o su hijo entrañara la realización de su trabajo, sino también a que no se vea gravada en ningún otro aspecto laboral por el hecho de ser madre”⁴⁹⁰. Sin embargo, cuando se trate de determinados complementos salariales que estuvieran vinculados al ejercicio de funciones específicas relacionadas con el puesto de trabajo inicial, no cabría su retribución íntegra. En sentido contrario, la trabajadora si conservaría los complementos del puesto de trabajo de origen cuando fueran inherentes a su condición profesional, particularmente los relacionados con la posible superioridad jerárquica, la antigüedad y las cualificaciones profesionales. Sobre los complementos salariales del puesto provisional, la trabajadora tendría derecho a los mismos, siempre que reuniera los requisitos para la obtención del derecho a éstos⁴⁹¹. Por ello, debe distinguirse entre aquellos complementos inherentes a la condición, cualificación y grupo profesional de la embarazada, que deben serle abonados en todo caso; de aquellos otros que remuneran el ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares, como trabajos nocturnos, de noche o incluso horas extraordinarias, que van dirigidos a compensar el gravamen que conllevan y que no se produce cuando el trabajo no tiene lugar en ningún caso en jornada nocturna ni el día festivo⁴⁹². En resumen, los ingresos que debe percibir la trabajadora comprenderían, en cualquier caso, el salario base mensual y los componentes de la remuneración o los complementos inherentes a su condición profesional, como podrían ser los complementos relacionados con la superioridad jerárquica, la antigüedad y las cualificaciones profesionales⁴⁹³.

Por otro lado, si la trabajadora mediante la movilidad vertical cambia de puesto a otro de grupo superior al que tenía en origen, *¿se podría beneficiar de un aumento en*

⁴⁹⁰ STSJ de Cataluña de 11/12/2003 y STSJ de Madrid de 28/07/1999.

⁴⁹¹ STJUE de 01/07/2010 *Asunto Parviainen C-471/08*. Véase comentario de esta sentencia en LABORATORIO OBSERVATORIO DE CONDICIONES DE TRABAJO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO (LAOGEN), “Boletín informativo nº 1/2012”, Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, pág. 2. Sobre esta sentencia véase NAVARRO NIETO, F., “La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural”, Relaciones Laborales, núm. 5, 2012, págs. 58-59.

⁴⁹² SSTSJ de Madrid de 13/04/2016 y 23/02/2015. Sobre estas sentencias, véanse comentarios detallados en SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2017”, op. cit., págs. 584-586. La cuestión litigiosa “se circunscribe al derecho que pretende la actora a continuar percibiendo la remuneración correspondiente a la realización de jornada nocturna y trabajo en días festivos que ha dejado de efectuar como consecuencia de la adaptación de su puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo, remuneración que venía percibiendo antes de la adaptación como complementos de nocturnidad, nocturnidad- festivos y festivos”.

⁴⁹³ STJUE de 01/07/2010 *Asunto Gassmayr C-194/08*.

su remuneración? Bajo nuestro punto de vista, la respuesta sería afirmativa, admitiendo algún matiz. Debemos recordar que el trabajador tiene derecho a que se le abone el salario por los servicios profesionales prestados por cuenta ajena, de forma que se retribuya el “trabajo efectivo” realizado (arts. 4 y 26 LET). Por lo que, si la mujer realiza las tareas de un grupo superior, tendrá derecho a las retribuciones correspondientes a las funciones que efectivamente realice⁴⁹⁴. Sin embargo, puede resultar ciertamente llamativo que, con motivo de la incompatibilidad de su estado biológico con el puesto de origen, la trabajadora ocupe –temporalmente– un puesto de trabajo de mayor grupo y retribución que la que venía percibiendo, hecho que en nuestra opinión, haría un flaco favor a la causa de la protección de la maternidad en el ámbito laboral.

Por último, la trabajadora también debe mantener el derecho a sus retribuciones variables por objetivos durante la suspensión del contrato. Así, citamos expresamente la STS de 10/01/2017, en la que se falla “contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal, así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, así como el derecho de los afectados a las diferencias retributivas que de ello se deriven”⁴⁹⁵. Es decir, para evitar toda discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, “los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental no pueden estar en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso”. Y, para que tal situación desfavorable no se produzca, “no puede exigirse la presencia física de los trabajadores en el mes anterior al del abono de los incentivos, pues es éste un requisito que la situación de permiso hace imposible”⁴⁹⁶.

En resumen, entendemos que el “coste de la prevención”, como resultado de aplicar el art. 26 LPRL, no puede recaer sobre la trabajadora y que sea ella la que soporte la carga de la maternidad. Sin embargo, entendemos que si el “coste de la adaptación o cambio del puesto de trabajo”, recae en el empresario, esta medida podría producir efectos contrarios a los deseados.

2.4.4. La acción promotora de la salud

Para terminar con la tutela de la maternidad en el ámbito de la seguridad y salud laboral, describimos el tercer y último nivel de actuación empresarial: la acción

⁴⁹⁴ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 255.

⁴⁹⁵ Véanse comentarios sobre esta sentencia en ARAGÓN GÓMEZ, C., “El impacto de la maternidad...”, op. cit., págs. 119-157; y AUGUSTIN TEJÓN, A., “Igualdad de derechos de las trabajadoras que se han acogido a un permiso parental: mandato europeo de efecto directo”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 928, 2017, pág. 13. Véase igualmente SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2017”, op. cit., pág. 443.

⁴⁹⁶ En el mismo sentido, véase STS de 27/05/2015.

promotora de la salud en el trabajo. Se trata de un asunto ciertamente novedoso y casi inexplorado por el Derecho del Trabajo, en su vertiente basada en la seguridad y salud laboral.

La PRL como materia que se encarga del estudio de todos los condicionantes del trabajo que pueden afectar a la seguridad y salud de los trabajadores, se encuentra en constante evolución en cuanto a su significado y sus ámbitos de actuación. Así, recordemos que nos referíamos a la “seguridad e higiene en el trabajo” antes de la aprobación de la LPRL, denominación que se comenzó a emplear en los años 40, con la aprobación del Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Esta denominación había caído en desuso en los últimos años, por lo que recientemente en 2017, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), cambió su denominación por el de Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (INSST). En nuestra opinión, este cambio fue motivado con el fin de adaptarlo a la demanda de una sociedad cada vez más sensibilizada y exigente con la seguridad y salud en el trabajo, como parte fundamental del bienestar social⁴⁹⁷. Sin embargo, en 2018 –tras el cambio de gobierno central–, se volvió a modificar la denominación del centro de referencia nacional en materia de PRL, pasando a denominarse. “Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST), nombre que se mantiene en la actualidad⁴⁹⁸.

En este contexto evolutivo, en los últimos años además de las tradicionales especialidades preventivas (Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Medicina del Trabajo y Ergonomía y Psicología Aplicada), ha surgido con fuerza una nueva materia a la que, desde el INSST y otros entes en materia de PRL, se le está dedicando un volumen importante de esfuerzos y recursos: la promoción de la salud en el trabajo (PST)⁴⁹⁹. Y ello fue la causa –entre otras– del cambio de denominación del instituto de referencia preventiva en nuestro país de 2017⁵⁰⁰.

Para asegurarnos una buena gestión de la salud en el trabajo hay que procurar una combinación dinámica, simultánea y complementaria de dos formas de actuación: la reducción de los factores de riesgo y el desarrollo del bienestar físico, mental y social. La Declaración de Luxemburgo (1997), define a la PST como “Aunar el esfuerzo de empresarios, trabajadores y la sociedad para mejorar la salud y el bienestar de las personas en el lugar de trabajo”. Ello se puede conseguir mediante: 1) la mejora de la

⁴⁹⁷ Real Decreto 703/2017, de 7 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (Disposición adicional undécima).

⁴⁹⁸ Disposición adicional décima del Real Decreto 903/2018, de 20 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

⁴⁹⁹ En este sentido, véase INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, “Promoción de la salud en el trabajo”. Enlace: <https://www.insst.es/promocion-de-la-salud>.

⁵⁰⁰ Argumentación que defendió Francisco Javier Maestro Acosta, Director del INSST, en la conferencia inaugural del I Congreso Prevenir, celebrado en Madrid los días 5 y 6 de octubre de 2017.

organización y las condiciones de trabajo; 2) la promoción de la participación activa; y 3) el fomento del desarrollo individual⁵⁰¹. Un ejemplo demostrativo de la importancia que se le está otorgando últimamente a la PST se encuentra en las “Líneas clave de actuación del Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo 2018-2020”, en las que se destaca como línea clave número 3 –de las 8 que determina– la “Promoción de la salud: fomentar la cultura de la salud potenciando hábitos saludables en el entorno laboral”.

Conviene aclarar que la PST no viene recogida como tal por la normativa preventiva, por lo que el empresario no está obligado al establecimiento de políticas de PST y, por tanto, tampoco el trabajador tiene el deber de seguir las acciones de mejora de los estilos y hábitos de vida saludables que la empresa haya podido establecer unilateralmente en desarrollo de su política de responsabilidad social⁵⁰². Sin embargo, en el ámbito sanitario, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, establece como una acción prioritaria de la salud pública, los programas de promoción de la salud. Así, los arts. 16 a 18 regulan la promoción de la salud en los ámbitos educativo, sanitario, laboral, local y de instituciones cerradas, como hospitales o residencias.

La OIT a través de su programa SOLVE ha estimado que un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo que sea completo además de garantizar la gestión de los riesgos, debe mejorar las prácticas preventivas con la incorporación de medidas de promoción de la salud. El organismo internacional, considera que estas acciones deben complementar las medidas de seguridad y salud en el trabajo e integrarse en el sistema de gestión de la SST de la organización. De esta manera se contribuye al establecimiento y mantenimiento de un ambiente laboral seguro y saludable, reforzando la calidad de vida laboral y una salud física y mental óptima en el trabajo. Asimismo, la PST contribuye a que los trabajadores desarrollen formas más efectivas de enfrentar los problemas laborales, personales o familiares que pueden afectar su bienestar y su desempeño en el trabajo, como el estrés, la violencia o el abuso del alcohol y las drogas⁵⁰³.

Sobre la configuración jurídica laboral de la PST, los tribunales de justicia han fallado sobre la importancia de la misma. Así, la SAN de 21/04/2017 determina que, ante la decisión unilateral de la empresa ALTADIS, S.A. de vincular la percepción de parte del complemento variable por desempeño del personal de ventas a su participación en el programa de PST llamado “Plan sabemos cuidarnos”, el empresario

⁵⁰¹ La Red Europea de Promoción de la Salud en el Trabajo (ENWHP) elaboró en 1997, la Declaración de Luxemburgo, documento de consenso en el que se establecían los principios básicos de actuación y el marco de referencia de una buena gestión de la salud de los trabajadores en la empresa.

⁵⁰² MIÑARRO YANINI, M., “Promoción de la salud, sí, pero no vinculada al salario por decisión unilateral de la empresa”, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social, núm. 413-414, 2017, pág. 196.

⁵⁰³ SOLVE: Integrando la promoción de la salud a las políticas de SST en el lugar de trabajo. OIT, 2012. SOLVE es una metodología que integra la promoción de la salud a la política de seguridad y salud en el trabajo.

no puede variar los criterios para la percepción de un complemento salarial que, en este caso, es de calidad, supeditándola a la participación en actividades ajenas a dicha calidad de trabajo. Tales actividades nada tenían que ver con la ejecución de la prestación de servicios propia de la relación laboral. Por ello, el tribunal anuló esa decisión en base al exceso de los márgenes de discrecionalidad que le otorga el convenio colectivo de aplicación y ello aun insistiendo en la positividad del mencionado plan, como forma de incentivar de manera efectiva la participación del personal afectado en actividades que promocionan la formación en prevención de riesgos laborales, en mejora de la Salud laboral y de la Salud particular de los afectados. Sin embargo, la STS de 26/06/2018, revocó la SAN, fallando que “la exigencia de que el compromiso, que se tiene en cuenta a los efectos de evaluar el desempeño, abarque una política de empresa de estas características, orientada precisamente al bienestar tanto general como particular de la plantilla, no parece en modo alguno incoherente”. Por ello, es evidente que la responsabilidad del empresario en el mantenimiento y mejora de las condiciones de salud y en la consecución de espacios y entornos laborales menos hostiles no es posible sin la participación de los propios trabajadores. Por ello, “no resulta descabellado que la empresa valore el compromiso y adaptación de los trabajadores en su desempeño también desde la perspectiva de los objetivos del bienestar laboral”. Valoramos de forma muy positiva esta sentencia del TS, que supone un gran avance y reconocimiento de la importancia de la PST.

Los ámbitos de actuación concreta de la PST son los siguientes: 1) alimentación saludable; 2) actividad física, 3) salud mental; 4) tabaco, alcohol y otras drogas; 5) conciliación de la vida laboral; 6) envejecimiento; 7) embarazo y lactancia, 8) responsabilidad social empresarial (RSE); 9) organización del trabajo; 10) vuelta al trabajo; y 11) enfermedades crónicas.

Con relación a nuestra investigación, nos referimos al embarazo y la lactancia como ámbito de actuación de la PST, que se basa en la educación para la salud y en la creación de entornos que eviten los riesgos, faciliten elecciones saludables y ayuden a la mujer a hacer frente a las posibles molestias que surgen durante las diferentes etapas de su maternidad⁵⁰⁴. Se deben combinar acciones obligatorias (art. 26 LPRL) y voluntarias (PST). Los objetivos –entre otros– que la PST quiere alcanzar para la maternidad y la lactancia son: 1) identificar las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o en periodo de lactancia; 2) hacer un seguimiento de las trabajadoras en las diferentes fases de su maternidad, para asegurarnos el mantenimiento de una buena salud; 3) analizar los efectos adversos relacionados con

⁵⁰⁴ SOLÉ GÓMEZ, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 914: Embarazo, lactancia y trabajo: promoción de la salud”, INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), 2011, pág. 1.

el embarazo, el postparto y la lactancia materna; y 4) preparar la vuelta al trabajo después del permiso por maternidad⁵⁰⁵.

Las medidas para la promoción de una maternidad saludable en el trabajo son las siguientes⁵⁰⁶:

- 1. Política sobre la protección, promoción y apoyo de una maternidad saludable en el trabajo:** documento que deberá ser firmado por el máximo responsable de recursos humanos, debiendo figurar el compromiso y el apoyo de la empresa a la maternidad y a la lactancia natural. Entre otras cuestiones, por ejemplo, se podrá indicar que las trabajadoras disponen de una sala privada, tranquila e higiénica donde extraer la leche. Esta política deberá ser objeto de difusión continua a todos los trabajadores.
- 2. Formación e información:** sobre cómo implementar esta política. Especialmente dirigida a: 1) los mandos intermedios sobre cómo dar apoyo a las mujeres en situación de embarazo, postparto y lactancia; y 2) los sanitarios del servicio de prevención para mejorar su conocimiento y habilidades en lo referente al seguimiento y consejo individual.
- 3. Entornos de trabajo seguros y saludables que faciliten una maternidad saludable:** los también denominados entornos “amigables”, en los que se puede, por ejemplo, habilitar un lugar adecuado para descansar, extraer la leche o amamantar a su bebé; tener servicios e instalaciones sanitarias accesibles e higiénicas; establecer una guardería en la empresa o en las inmediaciones, o tener facilidades para aparcar su vehículo particular.
- 4. Informar a las trabajadoras sobre:** 1) cómo gestionar su embarazo en el trabajo; 2) sus derechos y de las facilidades puestas a su disposición por la empresa durante su embarazo; y 3) cómo gestionar su vuelta al trabajo en lo concerniente a la lactancia materna. Esta información se podrá efectuar mediante la distribución de folletos, colocación de pósteres y de otros materiales divulgativos para concienciar a los trabajadores de la importancia de una maternidad saludable.
- 5. Colaborar y coordinarse con los servicios sanitarios:** especialmente con los servicios de obstetricia y de apoyo a la lactancia.
- 6. Protección, asistencia y apoyo:** basado en: 1) seguimiento, asesoramiento y consejo individual por parte de los profesionales sanitarios del servicio de prevención en las diferentes fases de la maternidad; 2) establecimiento de un procedimiento de emergencia y de evacuación en caso de que la trabajadora deba ser auxiliada o trasladada a un centro sanitario; 3) suplementos económicos para

⁵⁰⁵ SOLÉ GÓMEZ, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 915:...”, op. cit., pág. 4.

⁵⁰⁶ SOLÉ GÓMEZ, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 914:...”, op. cit. págs. 1-4.

disminuir el coste asumido por la trabajadora de las reducciones de jornada; y 4) velar porque se cumpla la prohibición de fumar.

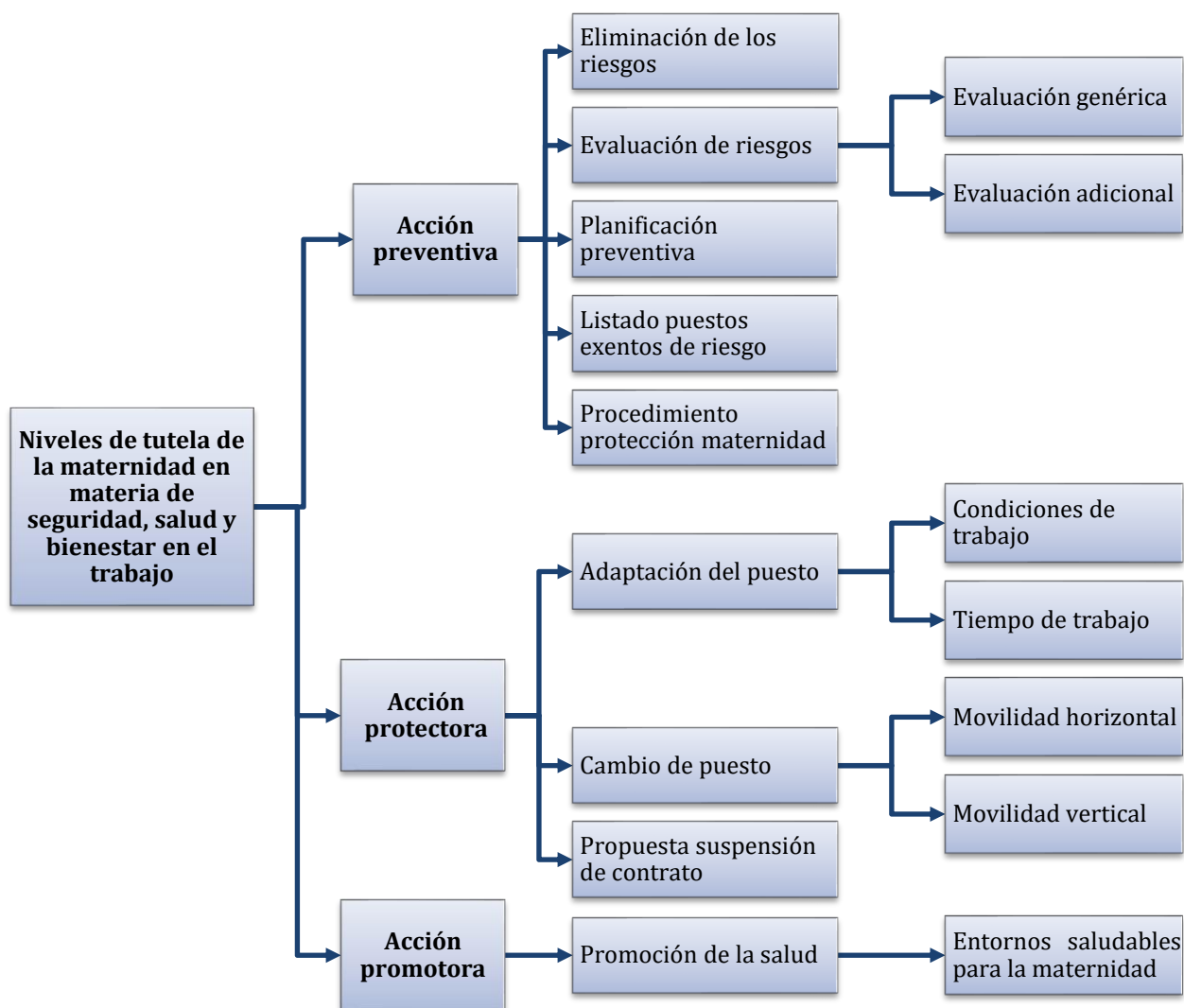


FIGURA 2.5. Esquema general de los niveles de tutela de la maternidad en materia de seguridad, salud y bienestar en el trabajo.

2.4.5. La negociación colectiva en la acción preventiva y protectora de la maternidad en el ámbito laboral

La Exposición de motivos de la LPRL determina que el marco legal “se configura como una referencia legal mínima en un doble sentido: el primero, como Ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas; y, el segundo, como soporte básico a partir del cual la negociación colectiva podrá desarrollar su función

específica”. Por ello, la negociación colectiva puede jugar el rol tanto de mejora como de complementariedad al marco legal preventivo⁵⁰⁷.

La regulación legal preventiva y su ambigüedad en determinados aspectos, puede otorgar cierta flexibilidad a la aplicación de las normas que, sin embargo, podría conllevar el riesgo de abrir vías de escape a la regulación. La negociación colectiva puede jugar un papel importante para evitar tal riesgo^{508 509}.

Con relación al art. 26 LPRL, la negociación colectiva puede tener un papel esencial, complementando la normativa en aquellos aspectos en los que exista una mayor imprecisión o margen de discrecionalidad para el empresario⁵¹⁰. Por ello, con el objetivo de tener una visión más amplia y transversal de la protección de la maternidad en el marco normativo de la PRL, así como poder conocer la realidad empresarial en los últimos años, es imprescindible realizar un estudio sobre el posicionamiento de la negociación colectiva ante la acción preventiva y protectora de la maternidad regulada en el art. 26 LPRL.

2.4.5.1. Estudio de las cláusulas de los convenios colectivos

Se ha realizado un análisis de los convenios colectivos –de sector de actividad o propios de empresas o entidades particulares–, publicados principalmente en el BOE, en un periodo de tiempo determinado, lo suficientemente amplio como para poder extraer conclusiones relevantes^{511 512}. Las principales conclusiones de este estudio son las siguientes:

⁵⁰⁷ NAVARRO NIETO, F., “El tratamiento de la Prevención de Riesgos Laborales en la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 75, 2004, pág. 12.

⁵⁰⁸ DURÁN LÓPEZ, F., “Informe sobre riesgos laborales y su prevención: la seguridad y la salud en el trabajo en España”, Ministerio de la Presidencia, 2001, págs. 223-224.

⁵⁰⁹ Véase LOUSADA AROCHENA, J.F.; RON LATAS, R.P., “La negociación colectiva sobre la prevención de riesgos laborales: significación y delimitación de los espacios negociales”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 427, 2018, págs. 91-114. Los autores realizan una descripción y análisis de la significación de los convenios colectivos en el sistema de fuentes normativas dentro del ordenamiento jurídico relativo a la prevención de riesgos laborales. Es interesante la aproximación histórica que se realiza, citando los numerosos estudios sobre la negociación colectiva aplicada a la PRL, desde 1984 hasta nuestros días, en el que se cita, entre otros, el denominado “Informe Durán” (2001).

⁵¹⁰ SIERRA HERNÁIZ, E., “Prevención de Riesgos Laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural”, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pág. 93.

⁵¹¹ Concretamente, desde el 01/01/2014 hasta el 31/12/2018. Se publicaron 1415 convenios colectivos, de los que 646, han recogido términos relacionados con “maternidad”, “lactancia”, “embarazo” o “parto”, lo que representa el 45,6% de los textos. En nuestra opinión, es un dato manifiestamente mejorable, que pone de manifiesto que aún queda camino por recorrer en la inclusión de mejoras en esta materia en la negociación colectiva. Se han incluido algunos convenios de 2019 que, por su relevancia, interesa su conocimiento.

⁵¹² Sobre esta materia, véase MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, “Buenas prácticas de la negociación colectiva sectorial en materia de prevención de riesgos laborales”, Foment del Treball, 2020.

1. En términos generales: la mayoría de los convenios colectivos se limitan a reproducir parcial o totalmente el art. 26 LPRL, realizando nulas aportaciones o mejoras en este ámbito, e incluso reproduciendo de forma literal el contenido de la ley⁵¹³. La tendencia de los últimos años, es que cada vez son más numerosos los convenios que dedican en exclusividad un apartado o artículo a la protección de la maternidad, embarazo o lactancia, otorgándole cierto peso dentro de las medidas de seguridad y salud laboral que se adopten en el propio convenio^{514 515}. Sin embargo, en nuestra opinión, no aciertan las partes negociadoras con la inclusión de este tipo de medidas en los apartados correspondientes a la “conciliación de la vida laboral, personal y familiar”, la “igualdad” o la “responsabilidad social corporativa”, hecho que dificulta e impide analizar con claridad cuáles son las medidas preventivas que deben adoptarse con relación a la protección de la maternidad, que no guardan relación con las medidas igualitarias o conciliadoras establecidas por convenio colectivo⁵¹⁶. Ciertamente llamativo son los casos en los que se incluyen medidas preventivas hacia la

⁵¹³ Por todos, véase art. 59 del Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 229, de 21 de septiembre de 2018); y art. 34 del Convenio colectivo de Servigesplan, S.L. (Resolución de 22 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 109, de 5 de mayo de 2016). Sorprende igualmente el art. 38 del Convenio colectivo de Cegedim Hispania, SAU. (Resolución de 28 de enero de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 35, de 10 de febrero de 2015), en el que se reproduce “íntegro” el art. 26 LPRL, con todo el texto de la norma “entre comillas”.

⁵¹⁴ NAVARRO NIETO, F., “El tratamiento de la Prevención...”, op. cit., pág. 38, determina que “en la práctica negociadora es creciente, aunque no generalizado, el tratamiento por la negociación de la situación de embarazo y maternidad”.

⁵¹⁵ A modo de ejemplo: art. 76 del Convenio colectivo de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada para el período 2013-2014 (Resolución de 19 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2014); art. 24 del Convenio colectivo de Cimodin, SL. (Resolución de 8 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 19, de 22 de enero de 2014); arts. 50 y 51 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 38, de 13 de febrero de 2014); art. 39 del XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (Resolución de 22 de febrero de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 57, de 6 de marzo de 2018), en este caso se trata de una “reproducción literal” del art. 26 LPRL; art. 35 del Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (Resolución de 23 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 87, de 10 de abril de 2018); art. 25 del Convenio colectivo del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos (Resolución de 23 de mayo de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 135, de 4 de junio de 2018); art. 53 del IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (Resolución de 29 de mayo de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 141, de 11 de junio de 2018); art. 31 del Convenio colectivo de Prosegur Soluciones, SA. (Resolución de 29 de mayo de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 141, de 11 de junio de 2018).

⁵¹⁶ A modo de ejemplo, el art. 16 Salud Laboral del Convenio colectivo de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL. (Resolución de 11 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 4, de 5 de enero de 2016), forma parte del Capítulo V “Prevención de riesgos laborales y responsabilidad social corporativa”; el art. 67 del Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias (Resolución de 22 de febrero de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 57, de 6 de marzo de 2018), forma parte del Título VII Conciliación de la vida laboral y familiar; el art. 78 del Convenio colectivo de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Sociedad Cooperativa Limitada (Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 316, de 29 de diciembre de 2017), forma parte del Título VII Responsabilidad social corporativa, Capítulo I Igualdad y conciliación; el art. 39 “Protección de la vida familiar y laboral” del Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 242, de 7 de octubre de 2017), forma parte de la sección 4ª “Conciliación de la vida laboral y familiar” del Capítulo IV.

maternidad en los planes de igualdad de las empresas, textos que forman parte como anexos de numerosos convenios colectivos, como se puede comprobar en los siguientes párrafos.

- 2. Protocolos de protección de la maternidad:** se han detectado convenios que, si bien no aportan mejoras significativas, establecen o se comprometen a establecer protocolos o procedimientos que deben regular estas situaciones. Así, a modo de ejemplo, citamos un texto convencional que determina que, si es necesario el cambio de puesto de trabajo, se hará en el siguiente orden: 1) dentro del Departamento con el mismo horario; 2) dentro del Departamento con distinto horario; 3) en otro Departamento y con el mismo horario; y 4) en otro Departamento y con distinto horario⁵¹⁷. En el mismo sentido, hay numerosos convenios que regulan estos protocolos específicos, e incluso algunos de ellos,

⁵¹⁷ Texto que se puede consultar en dieciséis de los dieciocho convenios colectivos del grupo de empresas Repsol que se ha detectado en los últimos años. Son los siguientes: 1) art. 54 del XII Convenio colectivo de Repsol Química, SA. (Resolución de 30 de abril de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 121, de 21 de mayo de 2015); 2) art. 69 del Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA. (Resolución de 26 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 139, de 11 de junio de 2015); 3) art. 59 del IX Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA. (Resolución de 27 de junio de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 167, de 12 de julio de 2016); 4) art. 54 del XIII Convenio colectivo de Repsol Química, SA. (Resolución de 20 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 193, de 11 de agosto de 2016); 5) art. 69 del XI Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA -Refino- (Resolución de 25 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 194, de 12 de agosto de 2016); 6) art. 59 del X Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA. (Resolución de 25 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 194, de 12 de agosto de 2016); 7) art. 47 del V Convenio colectivo de Repsol, SA. (Resolución de 2 de agosto de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 195, de 13 de agosto de 2016); 8) art. 86 del XXV Convenio colectivo de Repsol Butano, SA. (Resolución de 4 de agosto de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 200, de 19 de agosto de 2016); 9) art. 47 del VI Convenio colectivo de Repsol, SA. (Resolución de 18 de octubre de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 267, de 4 de noviembre de 2016); 10) art. 85 del XXVI Convenio colectivo de Repsol Butano, SA. (Resolución de 5 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 308, de 22 de diciembre de 2016); 11) art. 49 del Convenio colectivo de Repsol Lubricantes y Especialidades, SA. (Resolución de 26 de abril de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 117, de 14 de mayo de 2018); 12) art.69 del XII Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA. (Resolución de 4 de mayo de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 119, de 16 de mayo de 2018); 13) art. 47 del VII Convenio colectivo de Repsol, SA. (Resolución de 6 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 172, de 17 de julio de 2018); 14) art. 87 del XXVII Convenio colectivo de Repsol Butano, SA. (Resolución de 6 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 201, de 20 de agosto de 2018); 15) art. 40 del Convenio colectivo de Repsol Exploración, S.A. (Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 278, de 17 de noviembre de 2018); y 16) art. 59 del XI Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. (Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 283, de 23 de noviembre de 2018). Igualmente, el art. 44 del Convenio colectivo de Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación, SL. (Resolución de 14 de noviembre de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 288, de 28 de noviembre de 2014), recoge el mismo texto.

desarrollan el propio procedimiento en el texto colectivo, como veremos en siguientes apartados⁵¹⁸.

- 3. Derechos económicos:** derivados del cambio de funciones o de puesto de trabajo de la mujer embarazada o lactante. Se han detectado numerosas cláusulas que se refieren a “respetar la situación económica” que venía disfrutando, no suponiendo “merma de sus derechos económicos ni profesionales” o “merma de su contrato de trabajo”⁵¹⁹. Asimismo, hay textos convencionales que especifican

⁵¹⁸ A modo de ejemplo, Anexo I (Plan de Igualdad) del Convenio colectivo de Exide Technologies España, SLU. (Resolución de 25 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 57, de 7 de marzo de 2014), determina que como medida 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 período de lactancia, se deberá “disponer de un protocolo de actuación que establezca cómo se actúa a partir de la comunicación del estado de embarazo o lactancia natural. Dicho procedimiento se acordará en el Comité de Seguridad y Salud, y los Delegados de Prevención”. La Cláusula adicional séptima (Plan de Igualdad) del Convenio colectivo de Saint-Gobain Vicasa, SA (fábricas) para el período 2014-2016 (Resolución de 30 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 252, de 17 de octubre de 2014), establece que “la Comisión de igualdad elaborará un protocolo dirigido a la protección de la salud de la trabajadora embarazada y/o durante la lactancia natural. Una vez elaborado, a través de los Comités de Seguridad y Salud de cada centro, se procederá a su implantación y aplicación en todos ellos. El art. 13.10 del Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, SAU. (Resolución de 3 de julio de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 172, de 20 de julio de 2018), establece que “la empresa deberá establecer un procedimiento específico para comunicar a todas las trabajadoras que presten sus servicios en tierra, los riesgos posibles en su puesto de trabajo para ella y para el feto, dándole la posibilidad de someterse a la vigilancia de la salud mientras dure el embarazo”. El art. 75 del Convenio colectivo de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL. (Resolución de 26 de octubre de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 266, de 6 de noviembre de 2015), determina que los derechos sobre la protección de la maternidad “serán objeto de regulación mediante la aprobación por las partes de un protocolo específico”. El art. 49 del Convenio colectivo de Repsol Lubricantes y Especialidades, SA. (Resolución de 26 de abril de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 117, de 14 de mayo de 2018), establece que “la Comisión de Seguridad y Salud Laboral del Grupo Repsol, en coordinación con las áreas técnicas y/o grupos de trabajo que pudieran constituirse, creará un nuevo grupo de trabajo dentro de la misma Comisión, que será el encargado de analizar las prácticas y los procedimientos existentes en las distintas empresas respecto a la protección de la maternidad, así como las propuestas que, a este respecto, realicen los representantes de los trabajadores, al objeto de proponer en su caso, líneas de actuación que puedan redundar en una mejor prevención y/o protección, efectuando, si procede, las oportunas modificaciones en los procedimientos vigentes en cada Compañía de evaluación de riesgos laborales en referencia a este asunto”. Otro texto convencional, el Convenio colectivo de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Sociedad Cooperativa Limitada (Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 316, de 29 de diciembre de 2017), establece en su art. 78 “que los derechos protegibles... serán objeto de regulación mediante la aprobación por las partes de un protocolo específico”. El art. 63 del II Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (Resolución de 6 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 170, de 15 de julio de 2016), determina que “las empresas deberán elaborar en relación con la protección de la maternidad un protocolo de actuación para la protección efectiva en la empresa de la situación de maternidad y de la lactancia”; siendo idéntico al texto que aparece en el art. 63 del Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional (Resolución de 30 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 196, de 14 de agosto de 2018). El Anexo II (Plan de Igualdad del Convenio colectivo de Saint Gobain Isover Ibérica, SL (2015-2016) (Resolución de 19 de enero de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 28, de 2 de febrero de 2016), establece que “la Comisión de seguridad y salud laboral, elaborará un documento dirigido a la protección de la salud de la trabajadora embarazada o durante la lactancia natural”.

⁵¹⁹ A modo de ejemplo, se citan: Convenio colectivo de Repomarket, SLU. (Resolución de 19 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 3, de 3 de enero de 2014); Convenio colectivo de Expertus Servicios Hoteleros, SL. (Resolución de 29 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 20, de 23 de enero de 2014); Art. 114 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 38, de 13 de febrero de 2014); art. 67 del XXI Convenio colectivo estatal de contratistas ferroviarias (Resolución de 7 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 47, de 24 de febrero de 2014).

que, derivado del cambio “no se generará la necesidad u obligación de crear un puesto de trabajo nuevo”⁵²⁰ y otros en los que se reconoce la “protección de la representación sindical” en estas situaciones⁵²¹. Cuanto menos, llamativa es la cláusula que se establece en un convenio colectivo de 2017, por el que se determina que “en aras a garantizar la seguridad y salud de las colaboradoras embarazadas, la empresa adaptará las condiciones de su puesto de trabajo, así como en su caso del tiempo que deba realizarse, **con una disminución retribuida del mismo**, si así lo certificase el Médico de la Seguridad Social que asista facultativamente a la colaboradora, procurando evitar de esta forma, situaciones que puedan influir negativamente en la salud de las mismas, o del feto, en cualquier actividad que pueda suponer un riesgo específico”⁵²². Nuestra posición no puede ser otra que rechazar este tipo de cláusulas contrarias al marco normativo.

- 4. Errores conceptuales:** se citan ejemplos de errores o “excesos” sobre la base del cumplimiento legal. Se han detectado convenios colectivos con importantes errores que presentan medidas contrarias al art. 26. Así, a modo de ejemplo, un caso concreto contempla como medida preventiva “revisar las evaluaciones de riesgos para verificar que contemplan como riesgos laborales el estrés, la lactancia y la maternidad”⁵²³; o que “el trabajador que realice su actividad ante pantalla deberá someterse a las pruebas médicas específicas con el fin de prevenir la fatiga visual, alteraciones de las articulaciones, sistema nervioso, embarazo, control de radiaciones, etc.”⁵²⁴. Otro error no menor, es el detectado en un texto colectivo en el que determina que, sobre la protección de la maternidad y la lactancia, “se estará a la regulación dispuesta en cada momento en el Estatuto de los Trabajadores”, no haciendo referencia alguna a la LPRL⁵²⁵.

⁵²⁰ Art. 46 del Convenio colectivo de Fleet Care Services, SL. (Resolución de 1 de junio de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 142, de 12 de junio de 2018). Idéntico contenido establece el art. 6.3 del Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2017-2018 (Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 17 de 19 de enero de 2018).

⁵²¹ Art. 52 del Convenio colectivo de Auxiliar Logística Aeroportuaria, SA. (Resolución de 9 de mayo de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 124 de 22 de mayo de 2018).

⁵²² Anexo I (Plan de Igualdad) del Convenio colectivo del Grupo Cetelem (Resolución de 30 de noviembre de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 302 de 15 de diciembre de 2016).

⁵²³ Anexo III (Plan de Igualdad) del XXVI Convenio colectivo de Bimbo, SAU. (Resolución de 16 de julio de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 184, de 30 de julio de 2014). Anexo XIII del XXVII Convenio colectivo de Bimbo, SAU. (Resolución de 2 de febrero de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 38, de 14 de febrero de 2017).

⁵²⁴ Art. 44 del IV Convenio colectivo de Syntax Logística, SA. (Resolución de 6 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 252, de 17 de octubre de 2014).

⁵²⁵ Art. 38 del IV Convenio colectivo de Air Europa, Líneas Aéreas, SAU, y sus técnicos de mantenimiento de aeronaves (Resolución de 2 de diciembre de 2014. «BOE» núm. 310, de 24 de diciembre de 2014). Art. 38 del V Convenio colectivo entre Air Europa, SAU y sus técnicos de mantenimiento de aeronaves (Resolución de 30 de agosto de 2016. «BOE» núm. 222, de 14 de septiembre de 2016).

Otros casos significativos, son aquellos textos que determinan de forma directa o indirecta la obligatoriedad de comunicar el embarazo o la situación de lactancia natural al empresario. Estos son algunos ejemplos: 1) “la trabajadora que se encuentre embarazada deberá informar a la Entidad y presentar el certificado médico”; 2) “las trabajadoras deberán comunicar su situación de embarazo o lactancia natural al Servicio Médico de su Centro, que informará al Departamento de Recursos Humanos, para determinar si es posible proseguir la actividad normal de su puesto de trabajo”; 3) “la trabajadora que se encuentre embarazada deberá informar a la Asociación y presentar el certificado médico a la mayor brevedad posible”; 4) “en el momento en que las trabajadoras tengan conocimiento de su situación de embarazo informarán de forma inmediata a su jefe/a directo/a y al mismo tiempo y por escrito al Servicio de Prevención Propio de la empresa, para poder actuar de la manera más diligente posible con la finalidad de velar por la salud y seguridad de las mismas”. En estos casos, se obvia que nunca puede tratarse de una obligación de la trabajadora este acto de comunicación⁵²⁶.

- 5. Errores en el establecimiento de las medidas:** con relación a la metodología de actuación de los empresarios ante situaciones relacionadas con la protección de la maternidad, se han detectado convenios que no recogen fielmente el esquema de medidas que plantea el art. 26 LPRL, estableciendo en la mayoría de los casos un “acceso directo” al cambio de puesto de trabajo. Así, encontramos supuestos que determinan que “en caso de riesgo durante el embarazo se procurará el cambio del puesto de trabajo de la trabajadora afectada y si ello no fuera posible se concederá permiso por el tiempo necesario”. Cláusula que no compartimos, puesto que no recoge el resto de las medidas del art. 26 LPRL⁵²⁷. Argumento similar se expone cuando se afirma que “previo informe médico, la mujer embarazada tendrá derecho a cambiar de puesto de trabajo, a partir de cuándo se detecte el embarazo, cuando el lugar en que viniera desarrollando su labor entrañe peligro para la madre o el feto”, o que “dentro de las posibilidades de la organización del trabajo, la empresa facilitará a las trabajadoras en cuestión, un

⁵²⁶ Art. 81 del II Convenio colectivo de Asociación Centro Trama (Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 85, de 9 de abril de 2019). Anexo I del Convenio colectivo de Fertiberia, SA. (Resolución de 6 de agosto de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 203, de 25 de agosto de 2015) y Anexo I del vigente Convenio colectivo de Fertiberia, SA. (Resolución de 24 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 189, de 6 de agosto de 2018). En el mismo sentido, Disposición adicional sexta del XVII Convenio colectivo de Petróleos del Norte, SA (Petronor) (Resolución de 6 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 172, de 17 de julio de 2018). Art. 68 del II Convenio colectivo de la Asociación para la Gestión de la Integración Social (Resolución de 27 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2019). Véase epígrafe de este *Capítulo* sobre “La necesaria comunicación de la situación de embarazo al empresario”. Art. 27 del Convenio colectivo de Sistemas a Domicilio SD 2000, SL. (Resolución de 3 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 2014).

⁵²⁷ Art. 19 del Convenio colectivo de Caja Laboral Bancaseguros, SLU. (Resolución de 21 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 8, de 9 de enero de 2018).

puesto de trabajo idóneo a su estado”, no contemplándose el resto de medidas⁵²⁸. Otros textos determinan como primera medida (y parece que única) que las trabajadoras embarazadas que desarrollen su trabajo en situaciones que pudieran perjudicar su salud o la del feto, serán cambiadas de su puesto de trabajo a otro más acorde con su situación. Texto muy similar a otros, en los que se afirma que “en caso de embarazo o lactancia, se garantizará el cambio de turno o puesto de trabajo cuando las condiciones de trabajo puedan afectar a la madre o al hijo reincorporándose a su puesto anterior, una vez finalice esta situación⁵²⁹”. Sorprenden también aquellos textos que directamente recurren a la prestación de riesgo durante el embarazo, así, “cuando las trabajadoras notifiquen a la empresa la situación de embarazo, se procederá a activar el protocolo interno para gestionar la prestación de riesgo durante el embarazo que corresponda, según las características del puesto de trabajo que desempeñe la trabajadora”, sin mencionar el resto de medidas previas que deben ejecutarse⁵³⁰.

Asimismo, a pesar de no contemplar el resto de medidas, se han detectado convenios que proponen otras medidas diferentes y opcionales al cambio de puesto de trabajo consistentes en “disfrutar de descansos que les permitan mantener el desempeño normal de su actividad”⁵³¹. Otros textos informan que “en el caso de mujer embarazada, previo informe médico, se facilitará transitoriamente un puesto más adecuado a sus circunstancias, tomando en consideración las posibilidades técnicas y organizativas de cada centro de trabajo”⁵³². Llamativos son los casos, en los que se implica a otro trabajador

⁵²⁸ Art. 38 del Convenio colectivo de Safety-Kleen España, SA. (Resolución de 3 de febrero de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 40, de 16 de febrero de 2016). Art. 57 del Convenio colectivo de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (Resolución de 8 de marzo de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 71, de 23 de marzo de 2016). Art. 13 del Convenio colectivo de Automáticos Orenes, SLU, para los centros de trabajo de Alicante y Murcia (Resolución de 23 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 136, de 6 de junio de 2016). Art. 38 del Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (Resolución de 24 de agosto de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 215, de 6 de septiembre de 2016). Art. 13 del Convenio colectivo del Grupo Salas de Juego Orenes (Resolución de 3 de noviembre de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 278, de 17 de noviembre de 2016). Art. 63 del Convenio colectivo para la fabricación de conservas vegetales (Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 277, de 16 de noviembre de 2018).

⁵²⁹ Art. 31 del V Convenio colectivo de Santa Bárbara Sistemas, SA. (Resolución de 29 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 276, de 14 de noviembre de 2014). Art. 63 del Convenio colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales (Resolución de 11 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 312, de 26 de diciembre de 2014). Art. 31 del Convenio colectivo de Santa Bárbara Sistemas, SA. (Resolución de 18 de octubre de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 267, de 4 de noviembre de 2016).

⁵³⁰ Art. 49 del Convenio colectivo de General Óptica, SA. (Resolución de 22 de octubre de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 264, de 4 de noviembre de 2015).

⁵³¹ Art. 13 del Convenio colectivo de Automáticos Orenes, SLU. (Resolución de 13 de marzo de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 76, de 30 de marzo de 2017). Texto idéntico plantea el art. 15 del Convenio colectivo del Grupo Salas de Juego Orenes (Resolución de 3 de noviembre de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 278, de 17 de noviembre de 2016).

⁵³² Art. 25 del Convenio colectivo del grupo JD-Sprinter (Resolución de 25 de octubre de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 272, de 9 de noviembre de 2017).

cuando sea necesario el cambio de puesto de trabajo de la mujer, así se determina que “la empresa designará a la persona que se vea afectada por la permuta...”, es decir, utiliza la permuta para conseguir el cambio de puesto⁵³³.

2.4.5.2. Mejoras colectivas en la protección de la maternidad

Derivado del estudio de la negociación colectiva, se han detectado convenios colectivos que introducen mejoras significativas en el esquema protector de la maternidad en la LPRL y que, en nuestra opinión, marcan una senda que mejoran sustancialmente la tutela de la maternidad en el ámbito preventivo. Así, citamos las siguientes medidas de protección de la salud de la mujer gestante o lactante:

- 1. Adaptación del tiempo de trabajo:** se establecen los siguientes derechos: 1) elección de turno (mañana, tarde o noche) durante el tiempo que dure el embarazo⁵³⁴; 2) reducción de la jornada ordinaria diaria con reducción proporcional del salario, entre una y cuatro horas⁵³⁵; 3) no realización de horas extraordinarias⁵³⁶; 4) disfrute de un permiso retribuido de 15 días naturales previos al parto⁵³⁷; 5) no realización de “horario nocturno”⁵³⁸, “las mujeres embarazadas que estén adscritas a un régimen de turnos que lleve implícito el prestar sus servicios durante el turno de noche, pueden solicitar el cambio a otro puesto de trabajo que no implique trabajar en dicho turno”⁵³⁹, “durante el

⁵³³ Art. 34 del Convenio colectivo de Dürr Systems Spain, SA. (Resolución de 4 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 95, de 20 de abril de 2016); y art. 49 del Convenio colectivo del grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (Resolución de 22 de agosto de 2016. «BOE» núm. 212, de 2 de septiembre de 2016).

⁵³⁴ Art. 51 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 38, de 13 de febrero de 2014); art. 47 del Convenio colectivo general de la industria química (Resolución de 26 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 191, de 8 de agosto de 2018). En el mismo sentido, art. 93 del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (Resolución de 27 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo. BOE núm. 159 de 4 de julio de 2019).

⁵³⁵ Art. 51 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 38, de 13 de febrero de 2014). El art. 14 del VII Convenio colectivo de Repsol, SA. (Resolución de 6 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 172, de 17 de julio de 2018), establece que “las empleadas en estado de gestación, podrán reducir su jornada a cuatro horas a partir de la semana 32, sin reducción de su salario”.

⁵³⁶ Art. 51 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 38, de 13 de febrero de 2014).

⁵³⁷ Art. 93 del II Convenio colectivo del Grupo HC Energía (Resolución de 7 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 47, de 24 de febrero de 2014).

⁵³⁸ Art. 61 del IV Convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, y su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico) (Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 242, de 7 de octubre de 2017). En este art. se establece que las trabajadoras del colectivo de tierra, que estén embarazadas, en parto reciente y las madres lactantes “no realizarán turno nocturno, entendiéndose por turno nocturno el que realice la mayor parte de su jornada entre las 22:00 y las 6:00 horas”.

⁵³⁹ Art. 60 del Convenio colectivo de Ford España, SL. (Resolución de 21 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 131, de 30 de mayo de 2014).

embarazo y período de lactancia, la trabajadora tendrá derecho a no hacer trabajos nocturnos, si así lo solicitara⁵⁴⁰, las trabajadoras embarazadas “serán excluidas del trabajo nocturno, quedando adscritas únicamente a los turnos de mañana y tarde. También serán excluidas de la realización de horas extraordinarias⁵⁴¹; 6) no realización de jornada de trabajo “de distribución irregular⁵⁴²; 7) no realización de jornada de trabajo “bajo disponibilidad”, en situaciones de embarazo de riesgo y en todo caso, a partir del sexto mes de embarazo⁵⁴³; 8) derecho a modificar el turno de trabajo, y “si la organización lo permite, quedar adscritas al turno de su elección, mañana, tarde o noche, de manera continuada durante (...) la lactancia natural de los hijos menores de 1 año⁵⁴⁴; 9) “las trabajadoras embarazadas a partir del séptimo mes de embarazo, no tendrán la obligación de trabajar los domingos durante el periodo de gestación, sin que afecte al cómputo anual de horas⁵⁴⁵; 10) horario continuado a partir de la semana 30 de embarazo, pudiendo realizar una jornada de 6:25 horas diarias sin reducción salarial⁵⁴⁶; 11) “la jornada flexible no podrá ser de

⁵⁴⁰ Art. 10 del Convenio colectivo de Essilor España, SA. (Resolución de 7 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 2014).

⁵⁴¹ Art. 31 del Convenio colectivo de Centro Cooperativo Farmacéutico, SCA. (Resolución de 17 de marzo de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 78, de 1 de abril de 2015). En los mismos términos se pronuncia el Plan de Igualdad del Convenio colectivo de Mantequerías Arias, SA. (Resolución de 14 de julio de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 176, de 24 de julio de 2015).

⁵⁴² Art. 16 del Convenio colectivo de Bio Ecoforest, SL, Ecoforest Geotermia, SL, Biomasa Ecoforestal de Villacañas, SAU y Vapormatras, SA. (Resolución de 5 de agosto de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 95, de 21 de abril de 2015). Art. 33 del Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (Resolución de 19 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 239, de 2 de octubre de 2014). Art. 30 del Convenio colectivo de Liberty Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA. (Resolución de 18 de noviembre de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 288, de 28 de noviembre de 2014). Anexo IV del Convenio colectivo del grupo de empresas de servicios del Real Automóvil Club de España (Resolución de 8 de abril de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 95, de 21 de abril de 2015). Art. 33 del Convenio colectivo estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (Resolución de 3 de marzo de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 64, de 15 de marzo de 2016). Art. 24 del Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (Resolución de 24 de febrero de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 70, de 22 de marzo de 2016). Art. 24 del Convenio colectivo del grupo de empresas de servicios del Real Automóvil Club de España (Resolución de 30 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 15, de 18 de enero de 2017). Art. 31 del Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 229, de 21 de septiembre de 2018).

⁵⁴³ Art. 42 del II Convenio colectivo de la Corporación RTVE (Resolución de 17 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 26, de 30 de enero de 2014). En el mismo sentido, el art. 38 del Convenio colectivo de Activa Innovación y Servicios, SAU. (Resolución de 9 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 17, de 19 de enero de 2018), establece que “las trabajadoras, a partir del sexto mes de embarazo, y hasta la fecha de baja por maternidad, podrán solicitar realizar jornada intensiva”.

⁵⁴⁴ Art. 46 del Convenio colectivo de Exide Technologies, SLU. (Resolución de 10 de febrero de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 47, de 24 de febrero de 2017).

⁵⁴⁵ Art. 22 del Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas (Resolución de 28 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 216, de 6 de septiembre de 2018).

⁵⁴⁶ Art. 12 del Convenio colectivo de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA. (Resolución de 2 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 216, de 6 de septiembre de 2018). Este texto tenía su origen en el convenio anterior: Convenio colectivo de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA.

aplicación al personal que tenga limitada su presencia en la empresa, por razones de seguridad en el lugar de trabajo, salud, (...), embarazo o períodos de lactancia⁵⁴⁷; 12) “jornada intensiva” a partir del sexto mes de embarazo y hasta la fecha de baja por maternidad, fijándose el horario de “mutuo acuerdo entre las Empresas y la trabajadora”⁵⁴⁸; 13) realización del turno de retén, de forma voluntaria, durante el periodo que oscila entre el sexto mes de embarazo y el primer año de vida del hijo⁵⁴⁹.

2. Movilidad geográfica: destacan aquellos convenios que otorgan a la trabajadora embarazada o lactante el derecho a no desplazarse a otro centro de trabajo ubicado en distinto municipio. Así, encontramos textos que determinan que “durante el embarazo o lactancia la trabajadora no será objeto de cambios de puesto de trabajo que impliquen destino a otro municipio. Siempre que sea posible, y a petición de la trabajadora embarazada, se facilitará el traslado temporal a un centro de trabajo cercano al domicilio, así como la flexibilización de horarios. La misma medida se aplicará, siempre que sea posible, para el periodo de lactancia, a petición del trabajador o trabajadora”⁵⁵⁰. Otros textos establecen que “la movilidad geográfica forzosa no podrá afectar a las empleadas embarazadas, a excepción de que el motivo sea por cierre del centro de trabajo”⁵⁵¹.

3. Medidas preventivas específicas: 1) evitar la permanencia de trabajadoras embarazadas en trabajos tóxicos, peligrosos o penosos⁵⁵²; 2) incluir en el plan de

(Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 49, de 26 de febrero de 2015).

⁵⁴⁷ Art. 42 del Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías (Resolución de 13 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 128, de 27 de mayo de 2014). Art. 43 del Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería 2016-2018 (Resolución de 19 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 185, de 2 de agosto de 2016).

⁵⁴⁸ Art. 41 del Convenio colectivo de ECA Entidad Colaboradora de la Administración, SLU, e Instituto de Calidad, SAU. (Resolución de 3 de febrero de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 40, de 16 de febrero de 2016).

⁵⁴⁹ Art. 230 del Convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la administración de la Comunidad de Madrid (Resolución de 8 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda. Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 201 de 23 de agosto de 2018).

⁵⁵⁰ Art. 39 del Convenio colectivo del sector de la banca (Resolución de 1 de junio de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 144, de 15 de junio de 2016).

⁵⁵¹ Art. 18 del Convenio colectivo de Zurich Insurance, PLC, Sucursal en España; Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, Sociedad Unipersonal y Zurich Services AIE (Resolución de 15 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 106, de 3 de mayo de 2016). Texto similar se puede encontrar en el art. 29 del XV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (Resolución de 15 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 105, de 2 de mayo de 2016); y en el art. 51 del Convenio colectivo de Thyssenkrupp Elevadores, SL. (Resolución de 30 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 248, de 16 de octubre de 2015).

⁵⁵² Anexo 3 del Convenio colectivo de Bellota Herramientas, SAU, Bellota Agrisolutions, SLU y Mirandaola Inversiones y Gestión, SLU. (Resolución de 18 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE»

prevención de la empresa “los factores de riesgo para la mujer gestante o en período de lactancia, informando a las trabajadoras a través de la ficha informativa de riesgos del puesto, de la existencia de factores de riesgo. Con el fin de garantizar una protección adecuada, una vez que la empresa tenga conocimiento del estado de gestación (dada la consideración de trabajadora sensible), se procederá a la revisión de la evaluación de riesgos”⁵⁵³; 3) contemplar en la evaluación de riesgos la “idoneidad para la mujer embarazada de los puestos, régimen horario y condiciones de trabajo, siempre que medie prescripción facultativa”⁵⁵⁴; 4) “las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia serán apartadas de sus puestos de trabajo habituales cuando estos no sean adecuados por su ergonomía, toxicidad o cualquier otro aspecto preventivo, sin detrimento de la retribución que venía percibiendo, ni de la categoría profesional”⁵⁵⁵. Igualmente, pueden estar excluidas de labores concretas de

núm. 13, de 15 de enero de 2016). Art. 17 del Convenio colectivo estatal para las industrias de granjas avícolas y otros animales (Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 1, de 1 de enero de 2018); art. 23 del Convenio colectivo de Kiabi España KSCE, SA (Resolución de 7 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 230, de 23 de septiembre de 2017); el art. 34 del Convenio colectivo de Dürr Systems Spain, SA. (Resolución de 4 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 95, de 20 de abril de 2016), establece que, “toda mujer embarazada (...) si desarrollase un trabajo penoso, o peligroso para su estado, se le cambiará provisionalmente de su puesto de trabajo a otro más cómodo, si lo hubiere, sin riesgo para su estado (...)” (mismo texto se recoge en el art. 55 del Convenio colectivo del sector de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos (Resolución de 7 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 228, de 21 de septiembre de 2017) y su convenio anterior (art. 55 del Convenio colectivo estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos (Resolución de 14 de julio de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 191, de 11 de agosto de 2015); y en el Anexo 3 del Convenio colectivo de Bellota Herramientas, SLU y Bellota Agrisolutions, SLU. (Resolución de 30 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 196, de 14 de agosto de 2018)). En nuestra opinión, no se trata de alcanzar la “comodidad” o el confort en el trabajo, si no que se pretende la exposición de la trabajadora a riesgos susceptibles de provocar daños a la misma o a su feto por su condición de embarazada. En este sentido, el art. 40 del Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas (Resolución de 28 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 216, de 6 de septiembre de 2018), establece que la trabajadora tiene derecho a “ocupar la primera vacante que produzca o permutar su puesto de trabajo por otro que no esté expuesto a los citados riesgos, dentro de la misma categoría o similar”. Significativos son los casos que se plantean en el art. 42 del Convenio colectivo estatal de jardinería (Resolución de 25 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 36, de 9 de febrero de 2018); y en el art. 47 del Convenio colectivo de ELA Hiermor Asociados, SLU. (Resolución de 17 de marzo de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015), en el que se plantea que “a partir de la comunicación a la empresa por parte de la trabajadora de su situación de embarazo, ésta tendrá derecho a ocupar un puesto de menor esfuerzo o a adaptar su puesto de trabajo habitual al menor esfuerzo que exige su situación”. En nuestra opinión, no se trata de realizar un “menor esfuerzo”, sino que se deberá evitar exponer a la trabajadora a riesgos perjudiciales para su salud o la de su descendencia. Es decir, por el mero hecho de quedarse embarazada, entendemos que a toda trabajadora no se le deberá cambiar a otro puesto de “menor esfuerzo”, sino que habrá que estar a lo previsto en su evaluación de riesgos y en el reconocimiento médico específico (El convenio colectivo precedente, contenía el mismo texto. Para ello, véase el art. 42 del Convenio colectivo estatal de jardinería para el periodo 2015-2016 (Resolución de 19 de enero de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 28, de 2 de febrero de 2016)).

⁵⁵³ Art. 61 del IV Convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, y su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico) (Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 242, de 7 de octubre de 2017).

⁵⁵⁴ Art. 74 del II Convenio colectivo nacional de servicios de prevención ajenos (Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 242, de 7 de octubre de 2017).

⁵⁵⁵ Art. 37 del Convenio colectivo de Radio Popular SA-COPE. (Resolución de 11 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 122, de 20 de mayo de 2016). Mismo texto y art. del Convenio

trabajo, como la “carga, descarga y acarreo”⁵⁵⁶; 5) “las trabajadoras en estado de gestación que desempeñen sus tareas utilizando continuamente pantallas de visualización o máquinas fotocopiadoras, tendrán derecho al traslado de puesto de trabajo en el mismo centro donde desempeñen sus actividades laborales, siempre que la organización del trabajo lo permita”⁵⁵⁷; 6) con independencia de las medidas del art. 26 LPRL, las trabajadoras embarazadas “en todo caso tendrán derecho a ocupar un puesto de trabajo de menor esfuerzo o adaptar su puesto de trabajo habitual al menor esfuerzo que exige su situación, sin que dicha modificación suponga merma de su contrato de trabajo. La asignación indicada se realizará dentro de los límites establecidos por la legislación vigente y atendiendo las indicaciones médicas siempre que vengan motivadas y con la indicación aproximada del esfuerzo a soportar”⁵⁵⁸; 7) las evaluaciones de riesgos deberán tener en cuenta los “factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular, por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad como en el desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias”⁵⁵⁹; 8) en el caso de tripulantes embarcadas en buques convencionales que estén embarazadas, “no podrán permanecer embarcadas durante las catorce semanas anteriores a la fecha prevista para el alumbramiento”, por ello, “están obligadas a comunicar esta situación con anterioridad al período antes indicado”. Para el supuesto de tripulantes embarcadas en buques rápidos, “no podrán permanecer embarcadas desde el inicio de su embarazo, lo cual deberán comunicar a la Empresa en cuanto tengan conocimiento de ello”⁵⁶⁰; 9) “los trabajos con riesgo de caída de altura, en espacios confinados o trabajos nocturnos serán actividades prohibidas para

colectivo de Radio Popular, SA. (Resolución de 14 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 154, de 29 de junio de 2017).

⁵⁵⁶ Art. 38 del Convenio colectivo del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (Resolución de 11 de enero de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 21, de 25 de enero de 2017). En nuestra opinión, no es acertada esta medida, puesto que no debe excluirse a la trabajadora embarazada por el mero hecho de su estado biológico, sino que deberían tenerse en cuenta los factores de riesgo que pudieran ser perjudiciales para la maternidad. Así, por ejemplo, la mujer embarazada no debería manejar cargas superiores a 11 kg”. (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit., pág. 39).

⁵⁵⁷ Art. 75 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (Resolución de 18 de mayo de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 130, de 1 de junio de 2017).

⁵⁵⁸ Art. 42 del IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (Resolución de 13 de marzo de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 74, de 28 de marzo de 2017).

⁵⁵⁹ Art. 29 del Convenio colectivo de Denbolan Outsourcing, SL. (Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 232, de 25 de septiembre de 2018).

⁵⁶⁰ Art. 30 del Convenio colectivo de Transmediterránea, SA (personal de flota) (Resolución de 2 de marzo de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 60 de 11 de marzo de 2015).

trabajadoras embarazadas”; “la manipulación manual de cargas supone una situación de alto riesgo para trabajadoras embarazadas”; “los trabajos en espacios confinados y la manipulación manual de cargas suponen situaciones de alto riesgo para trabajadoras en periodo de lactancia”⁵⁶¹; 9) no realizar desde la primera semana de gestación, trabajos nocturnos, trabajos a turnos, manipulación de pacientes, arrastre de camillas, trabajos que impliquen conducción agresiva, intervenciones en escenarios con pendientes y suelos resbaladizos⁵⁶².

4. Situaciones de riesgo en momentos concretos del embarazo: nos llama la atención la precisión con la que un texto convencional regula el paso a situaciones de riesgo en el embarazo a partir de una semana concreta de gestación y en función de los factores de riesgo a los que pueda estar expuesta la trabajadora. Así, determina que “se valorarán el paso a situaciones de riesgo en el embarazo a partir de la semana 18.^a con el tope de la 24. Varía según el factor de riesgo: 1) manejo repetitivo de pesos, arrastre y empuje de cargas. Según peso y número de repeticiones, o flexión repetida de tronco entre la semana 18 y la 26; 2) ruido, semana 22; 3) bipedestación mantenida, igual o superior a 4 horas, entre la 22 y 24 semana; y 4) agentes químicos, desde el momento que se conoce la situación de embarazo. Además, hay que tener en cuenta las particularidades de la trabajadora (peso, antropometría...)”⁵⁶³. En nuestra opinión, medidas de esta naturaleza facilitan en gran medida la labor del técnico de prevención y del médico del trabajo en la toma de decisiones ante los riesgos en el embarazo.

5. Procedimientos preventivos de protección de la maternidad en el ámbito laboral: se han detectado casos en los que el propio convenio colectivo incorpora un anexo con un “Procedimiento de vigilancia de la salud durante el periodo de

⁵⁶¹ Art. 42 del III Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU (antes France Telecom España, SAU) (Resolución de 5 de agosto de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 203 de 21 de agosto de 2014). Mismo texto en el art. 39 del Convenio colectivo del Grupo Colt en España (Resolución de 2 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 302 de 15 de diciembre de 2014).

⁵⁶² Art. 44 del IV Convenio colectivo de trabajo para las empresas y trabajadores/as de transporte de enfermos/as y accidentados/as en ambulancia en la Comunidad Autónoma de Galicia (Resolución de 6 de mayo de 2019, de la Secretaría General de Empleo. Diario Oficial de Galicia núm. 108 de 10 de junio de 2019).

⁵⁶³ Texto detectado en los cinco convenios colectivos detectados de la empresa BSH Electrodomésticos España, SA. Concretamente se localiza en el Anexo V (Plan de Igualdad) de los siguientes textos colectivos: 1) Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente para sus centros de trabajo de Gerona, Tarragona y Palma de Mallorca (Resolución de 31 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 91, de 15 de abril de 2014); 2) Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, Levante (Resolución de 19 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 185, de 2 de agosto de 2016); 3) Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (Servicio BSH al cliente, Zona 2, Norte) (Resolución de 24 de agosto de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 217, de 8 de septiembre de 2016); 4) Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (Servicio BSH al cliente, Zona 3) (Resolución de 13 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 231, de 24 de septiembre de 2016); y 5) Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA. (Resolución de 22 de noviembre de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 291, de 2 de diciembre de 2016). Se encuentra el mismo texto en el Anexo V (Plan de Igualdad) del Convenio colectivo de Servicio BSH al Cliente Zona 2 Norte (Resolución de 10 de junio de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 154, de 25 de junio de 2014).

embarazo y lactancia”. Este texto determina cuáles son las etapas a seguir: 1) la trabajadora comunica su embarazo al empresario; 2) se elabora informe médico de seguimiento del embarazo, por parte de vigilancia de la salud, documento al que se le da traslado al responsable de su departamento; 3) comprobación de la adaptación del puesto, es decir, comprobar si hay que realizar adaptaciones del tiempo o condiciones de trabajo o, si por el contrario habrá que trasladarla a otro puesto compatible con su estado biológico concreto; 4) actualización del informe médico de seguimiento de embarazo; y 5) relación de actividades con riesgo potencial para trabajadoras en periodo de embarazo o lactancia, indicándose hasta 25 tareas concretas que no podrán realizar durante el embarazo o la lactancia natural⁵⁶⁴.

- 6. Otras mejoras:** son llamativos los casos en los que no se introduce mejora alguna con relación a la protección de la maternidad desde el punto de vista preventivo y en cambio, aportan mejoras de otro tipo que, bajo nuestro punto de vista, pueden ser “acesorias o complementarias” a las medidas preventivas concretas⁵⁶⁵. Una de estas medidas, ciertamente llamativa por su carácter novedoso, es aquella que determina que “las partes acuerdan aplicar como medida innovadora que la trabajadora embarazada que por su puesto de trabajo lo permita, podrá disponer temporalmente durante los dos meses previos a la fecha prevista de parto de herramientas informáticas facilitadas por la Fundación «la Caixa» para poder realizar sus tareas desde su domicilio”, evitando así, la exposición directa a riesgos laborales perjudiciales para la maternidad⁵⁶⁶. Otra medida determina que “la mujer trabajadora que en la semana 39 de embarazo no haya dado a luz, podrá disfrutar dicha semana como permiso retribuido,

⁵⁶⁴ Anexo XIII (Plan de Igualdad) del Convenio colectivo de Renault España, SA. (Resolución de 13 de septiembre de 2016. «BOE» núm. 234, de 28 de septiembre de 2016).

⁵⁶⁵ A modo de ejemplo, la cláusula 38 del Convenio colectivo de Thales España GRP, SAU. (Resolución de 22 de junio de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 163, de 6 de julio de 2018), establece que “las trabajadoras embarazadas tendrán acceso a una plaza de aparcamiento a partir del quinto mes de gestación y siempre y cuando exista disponibilidad de plazas. Dicha circunstancia deberá ser acreditada mediante certificado médico que deberá entregarse al Departamento de Recursos Humano” (Mismo texto se incluía en el art. 38 del convenio anterior: Convenio colectivo de Thales España GRP, SAU. (Resolución de 23 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 294, de 9 de diciembre de 2015)). Idéntico texto se establece en el art. 38 del Convenio colectivo de Alcatel Lucent España, SAU. (Resolución de 26 de octubre de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 277, de 16 de noviembre de 2016); y en los tres anteriores de la misma empresa: i) art. 35 del I Convenio colectivo de Alcatel-Lucent Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU. (Resolución de 12 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 47, de 24 de febrero de 2014); ii) art. 38 del Convenio colectivo de Alcatel Lucent España, SAU. (Resolución de 28 de enero de 2015, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 35, de 10 de febrero de 2015); y iii) art. 35 del Convenio colectivo de Alcatel Lucent Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU. (Resolución de 5 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 120, de 18 de mayo de 2016). Igualmente contempla una cláusula similar el art. 35 del Convenio colectivo de Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU. (Resolución de 12 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 232, de 25 de septiembre de 2018).

⁵⁶⁶ Disposición Adicional Quinta del Convenio colectivo de la Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Resolución de 25 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 264, de 31 de octubre de 2014).

previa presentación del certificado médico acreditativo de la semana de gestación”, suponiendo una mejora con respecto a la normativa de aplicación⁵⁶⁷. Por último, citar el sistema de incentivos que una empresa establece para el resto trabajadores, por el que podrán percibir una compensación económica adicional por cada día que sustituyan a una trabajadora embarazada que, por motivos de salud, se haya visto obligada a cambiar o reducir sus turnos de trabajo u horas extraordinarias⁵⁶⁸.

Mención especial requiere el *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, S.A. y Acotral Distribuciones Canarias, S.A.*, del que destacamos el “Protocolo de mujer embarazada”⁵⁶⁹. El Anexo IV de este texto colectivo establece que el protocolo tiene como objetivo “velar por la salud de las trabajadoras embarazadas, de los fetos, de las trabajadoras que hayan dado a luz y de la trabajadora en periodo de lactancia”. Los contenidos de este protocolo son los siguientes: 1. Definiciones; 2. Procedimiento para comunicar el embarazo a la empresa; 3. Relación de puestos con riesgos para las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz y lactantes; 4. Evaluación del puesto de trabajo de la mujer embarazada, que haya dado a luz y en periodo de lactancia; 5. Determinar los riesgos a los que están expuestas; 6. Reubicación de puesto de trabajo y prestación por riesgo; 7. Formación; 8. Información; 9. Consulta y participación; 10. Integración normativa del protocolo; 11. Coordinación de actividades; 12. Seguimiento. Como novedades preventivas, y por la importancia para este trabajo, destacamos las siguientes:

- 1. Evaluaciones de riesgos específicas:** con independencia de la evaluación de riesgos de todo puesto de trabajo, tras la comunicación de la situación biológica a la empresa, se deberán realizar tres evaluaciones de riesgos específicas: 1) primera evaluación: en el plazo más breve desde la comunicación a la empresa; 2) segunda revisión: segundo trimestre del embarazo; y 3) tercera revisión: al principio del tercer trimestre. No obstante, ante cualquier cambio, “la embarazada podrá solicitar otra reevaluación de su puesto de trabajo. En todo caso, cuando la empresa realice algún puesto de trabajo o se modifique parcialmente, el departamento de prevención evaluará nuevamente dicho puesto (RD 298/2009, COM (2000) 466, COM (2001) 262, Art 16, 26 LPRL)”.
- 2. Medidas preventivas específicas para la maternidad:** el texto del convenio detalla una serie de acciones correctoras que tratan de evitar en todo momento la

⁵⁶⁷ Art. 23 del Convenio colectivo de ámbito estatal de Al Air Liquide España, SA, Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU. (Resolución de 25 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 57, de 7 de marzo de 2014).

⁵⁶⁸ Nos referimos concretamente a la cantidad de 33,86 euros diarios (Art. 51 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 38, de 13 de febrero de 2014)).

⁵⁶⁹ Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SA. (Resolución de 10 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 123, de 23 de mayo de 2019).

exposición de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia a riesgos nocivos para la mujer o su descendencia. Así se citan:

- **Lugares de trabajo:** aumentar el orden y la limpieza, evitar que los suelos de las oficinas sean resbaladizos y que la anchura de los mismos sea suficientemente amplia (Real Decreto 486/1997).
- **Climatización:** frío y calor extremo: evitar la exposición de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia a estos riesgos, manteniéndose las temperaturas del lugar de trabajo entre 17º y 27º centígrados en todas las instalaciones a las que se tenga acceso (Real Decreto 486/1997).
- **Ruido:** evitar la exposición del feto a ruidos elevados, contemplando las situaciones de estrés originadas por el ruido y/o atención al público y dando la posibilidad a la embarazada de trabajar en lugares sin ruido (Real Decreto 286/2006).
- **Caída a distinto nivel:** trabajar a cierta altura, por ejemplo, sobre escaleras o plataformas, teniendo en cuenta el peor equilibrio que el estado de embarazo produce, supone un riesgo a considerar. Por ello, como acción correctora no se permitirá que este tipo de trabajo sea realizado por las trabajadoras embarazadas. Asimismo, siempre que exista la posibilidad las trabajadoras embarazadas prestarán sus servicios en la planta baja de las oficinas.
- **Posturas y/o fatiga física (actividades de pie y sentada):** los cambios físicos que se producen durante el embarazo y el periodo de lactancia (presión arterial, hormonales, modificaciones de la curvatura de la columna vertebral, desplazamiento del centro de gravedad, aumento del volumen y peso, etc.) suponen una situación especial para la mujer, que la hace más proclive al cansancio y la fatiga. Las medidas preventivas se resumen en: 1) aumentar los tiempos de descanso, a discreción de la mujer embarazada o en periodo de lactancia, así como favorecer la deambulación; 2) realizar ejercicios con los pies o darse un paseo, haciendo descansos cada dos horas como mínimo o bien cuando necesite descansar por otros problemas como vómitos o mareos, bajadas de tensión, diabetes, etc.; y 3) proporcionar equipos de trabajo que puedan mejorar la ergonomía del puesto y reducir o eliminar la fatiga física (silla especial con mecanismo sincro y reposapiés).
- **Manipulación manual de cargas:** conlleva riesgos para el embarazo, como el riesgo de lesión fetal y partos prematuros. El riesgo depende del esfuerzo, es decir, del peso de la carga, de la manera de levantarla y de la frecuencia con que se realice la actividad. La empresa eximirá a la trabajadora embarazada y en periodo de lactancia de manipular cargas.

- **Movimientos repetitivos:** evitar que la embarazada realice trabajos en los que el uso de máquinas o utensilios dé lugar a adoptar posturas inadecuadas, con torsión lateral, o extensión más allá de la longitud del brazo. La empresa adaptará el puesto de trabajo a las dimensiones ergonómicas de la trabajadora o se procederá a su reubicación, según vaya evolucionando su embarazo.
- **Usuarios de Pantallas de Visualización de Datos (PVD):** se aplicarán los protocolos existentes como usuarias de PVD, adaptándose los puestos de trabajo a las modificaciones propias del embarazo (Real Decreto 488/1997).
- **Radiaciones ionizantes:** no se expondrá a la trabajadora embarazada, ni a la que haya dado a luz, ni a la que esté en periodo de lactancia a los rayos X y rayos Gamma (Real Decreto 783/2001).
- **Radiaciones no ionizantes. Lipoatrofia semicircular:** su forma típica consiste en una disminución de la grasa de los muslos formando un semicírculo a una altura de unos 70-75 cm, distancia que coincide con la altura media de los muebles de oficina o campos electromagnéticos y/o electricidad que aparecen a consecuencia del aumento de tecnología en las empresas. Por ello, se tomarán medidas establecidas en los protocolos correspondientes.
- **Agentes biológicos: gripe A:** ampliar los permisos retribuidos a las embarazadas y las lactantes si en su centro de trabajo hay compañeros afectados o presuntamente afectados, o existe un aumento de exposición al riesgo por ser una zona geográfica de mayor exposición o mayor número de casos (Real Decreto 664/1997). Asimismo, se evitará la exposición a cualquier agente biológico que pueda darse en la empresa (Toxoplasmosis, virus de la rubeola, parvovirus, etc.).
- **Agentes y sustancias químicas:** la empresa deberá de informar a la trabajadora de las medidas preventivas a aplicar, especialmente el no permanecer en un espacio en el que se huela a sustancia química⁵⁷⁰.
- **Inhalación de monóxido de carbono y/o otras sustancias tóxicas asociadas al consumo pasivo del tabaco:** queda prohibido fumar en los lugares de trabajo.
- **Agentes psicosociales:** 1) estrés: en aquellos centros de trabajo donde trabaje una embarazada, con la finalidad de no sobrecargarla de trabajo y someterla a condiciones estresantes que puedan provocarle un aborto o parto adelantado, no se reducirá la plantilla en su departamento, ni por

⁵⁷⁰ En nuestra opinión, dato con poco rigor científico. Deberían utilizarse los protocolos elaborados por entidades de reconocido prestigio, como el INSST.

motivos de vacaciones ni por bajas, debiéndose éstas cubiertas por otras personas cualificadas; 2) horario de trabajo: la embarazada o la trabajadora en periodo de lactancia deberá tener una jornada que no se realice en horario nocturno y no prolongará en ningún momento su jornada laboral. Asimismo, quedan prohibidas si las hubiera las jornadas superiores a 8 horas diarias o 40 horas semanales desde el embarazo y durante la lactancia, y hasta el año después del nacimiento sin disminución de salario. La jornada se realizará con periodos de descansos no inferiores a 10 minutos cada dos horas y en el momento que la embarazada se encuentre indispuesta. Se dispondrá en el área de descanso de un área donde la trabajadora pueda estar tranquila y descansar; 3) desplazamientos en horario de trabajo: se eximirá cualquier desplazamiento dentro de la jornada laboral de las trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia; 4) trabajo aislado o en solitario: la empresa garantizará que las embarazadas se encuentran en todo momento acompañadas; 5) trabajo con estrés, ansiedad o depresión: la empresa deberá observar y evaluar de una manera especial los riesgos psicosociales en este colectivo, evitando los mismos y enseñando a la trabajadora cómo recuperar su tranquilidad o reposo; 6) emergencias: se facilitará en primer lugar la evacuación de la trabajadora embarazada de forma correcta y segura; 7) atraco: se evitará la exposición de las mujeres embarazadas al riesgo de atraco aplicando el procedimiento para la reubicación de la trabajadora o la protección adecuada; y 8) violencia en el trabajo: se actuará de acuerdo con el protocolo para la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo existente en la empresa.

- **Condiciones higiénicas:** 1) infección o enfermedades del riñón: la empresa debe aumentar la frecuencia de limpieza de los aseos, duchas, etc. Facilitará que las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia puedan abandonar sus puestos de trabajo con mayor frecuencia de lo habitual y con poco tiempo de aviso; y 2) lugares acondicionados para la lactancia: la empresa facilitará a las trabajadoras en periodo de lactancia un lugar para amamantar o extraerse la leche materna con frigoríficos higiénicos para almacenarla. También contarán con instalaciones para lavar, esterilizar y guardar los recipientes que utilice para almacenar la leche materna. Se le facilitará agua y la empresa garantizará que no producirá ningún riesgo ni para la salud de la embarazada, ni para el feto, ni para la trabajadora en periodo de lactancia.
- **Vigilancia de la salud:** realizar un seguimiento específico de estas trabajadoras tanto de manera ordinaria como cuando estén embarazadas o en periodo de lactancia, aplicándose todos los protocolos de vigilancia de salud correspondientes.

3. **Cambio de puesto de trabajo:** en aquellos casos en los que no se puedan eliminar los riesgos, se deberá reubicar a la trabajadora en otro puesto de trabajo, incluyendo como novedad a las mujeres que se encuentren en tratamiento de fertilidad. Asimismo, el puesto de trabajo de conductor, conlleva la imposibilidad de su desempeño durante el periodo de gestación o periodo de lactancia, por lo que la empresa se obliga de forma inmediata a su reubicación en otro puesto compatible con su situación.
4. **Formación e información preventiva:** se valoran especialmente los contenidos formativos e informativos en materia preventiva, que tan esenciales son para el puesto de trabajo. Así, en el convenio colectivo se recoge que el empresario debe formar e informar a la trabajadora sobre: 1) los riesgos para la seguridad y la salud; 2) las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos; y 3) las medidas adoptadas de conformidad⁵⁷¹.
5. **Coordinación de actividades empresariales:** el protocolo descrito no se aplicará únicamente a las trabajadoras de la empresa, sino que se hará extensivo a todas aquellas que presten servicios para otras empresas subcontratadas. Todo ello, al amparo del Real Decreto 171/2004.

En nuestra opinión, este convenio colectivo introduce novedades significativas en el ámbito de la protección de la maternidad a nivel preventivo laboral, desarrollando con un buen nivel descriptivo un protocolo específico a tal efecto. Sin embargo, entendemos que este documento técnico no es necesario que se incluya como anexo en el propio convenio colectivo, sino que bastaría con que se recogieran las directrices generales, remitiendo al procedimiento concreto al efecto. Así, se han detectado numerosos ejemplos de convenios que citan los protocolos, afirmando que se elaborarán tras la entrada en vigor del propio convenio. En cualquier caso, nos parece un buen ejemplo de cómo una empresa puede articular un conjunto de medidas preventivas y protectoras sobre la maternidad, que superan en muchos aspectos el estándar mínimo y la tutela reforzada del marco normativo de la PRL.

⁵⁷¹ El convenio colectivo recoge en una tabla los contenidos formativos en materia de protección a la maternidad, dirigidos a: 1) trabajadoras embarazadas; 2) trabajadoras lactantes; 3) delegados de prevención o sus representantes, 4) representantes de la empresa; y 5) toda la plantilla de la empresa. A modo de ejemplo, los contenidos de la formación dirigida a la trabajadora embarazada son los siguientes: 1) cómo comunicar su embarazo; 2) riesgos de su puesto de trabajo y cómo actuar; 3) cómo trabajar ante esta nueva situación: posiciones costumbres higiénicas, alimenticias, como afrontar los cambios de humor, pausas, cambios de posturas, medidas preventivas y de protección; 4) cómo solicitar una evaluación del puesto de trabajo; 5) cómo se adaptará su trabajo conforme vaya evolucionando su embarazo; 6) medidas higiénicas; y 7) ausencias con derecho a remuneración: exámenes prenatales, preparación al parto, etc. En el mismo sentido, la formación dirigida a las trabajadoras lactantes es la siguiente: 1) como comunicar la lactancia; 2) sobre los riesgos que pueden transmitir a sus hijos y cómo actuar; 3) medidas de prevención y protección; 4) cómo mantener condiciones higiénicas en la lactancia y extracción de leche dentro del trabajo; y 5) áreas de descanso con agua, zona para alimentación, etc.

2.4.5.3. Conclusiones y propuestas

A modo de conclusión, consideramos que:

1. Un porcentaje inferior al 50% de los convenios colectivos abordados, contienen referencias sobre protección de la maternidad en materia de PRL.
2. De éstos últimos, la mayoría de los convenios contienen escasas medidas concretas sobre la protección de la maternidad, en gran parte de los casos redactan un texto casi literal que el establecido en la norma, remitiendo en numerosas ocasiones al art. 26 LPRL⁵⁷². Por lo que, en términos generales podemos afirmar que la negociación colectiva no realiza aportaciones significativas en este ámbito. Consideramos, por tanto, que no realiza un adecuado tratamiento de la protección de la maternidad en el ámbito laboral⁵⁷³.
3. Estas medidas deberán formar parte del sistema preventivo, evitando que se incluyan en los planes de igualdad o en las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral. En el mismo sentido, entendemos que las “comisiones de igualdad” no deben ni pueden regular aspectos preventivos.
4. Se han detectado convenios que recogen medidas que mejoran sustancialmente el sistema protector de la maternidad recogido en el art. 26 LPRL. Muchas de éstas son innovadoras y fácilmente aplicables por una gran mayoría de empresas, no requiriendo el empleo de elevados recursos para su aplicación directa.
5. La negociación colectiva debe aumentar los esfuerzos por incluir medidas específicas en los convenios colectivos, de forma que supongan un verdadero instrumento para mejorar las condiciones laborales de las trabajadoras y no un mero transmisor de la normativa.

Para finalizar este epígrafe, nos referimos a dos estudios que recogen y analizan cláusulas de convenios colectivos relacionadas con la protección de la maternidad en el trabajo, muchos de ellos no recogidos en BOE. Así, el primero de ellos, analiza los contenidos de los convenios colectivos y los planes de igualdad relacionados con la protección del embarazo y la lactancia natural de la trabajadora⁵⁷⁴. Los convenios y los planes de igualdad objeto del estudio son los vigentes hasta el año 2016, en los que se analizaron las novedades que sobre esta materia se regulaban a nivel convencional. La autora destaca la importancia de la negociación colectiva para gestionar la actuación empresarial frente a los riesgos específicos que afectan al embarazo y la lactancia natural. Destaca igualmente la importancia de las medidas preventivas dirigidas a evitar la exposición de las trabajadoras y la adaptación o cambio de puesto de trabajo. Del trabajo de su estudio concluye que, la mayoría de las cláusulas convencionales

⁵⁷² Misma opinión que SIERRA HERNÁIZ, E., “Prevención de Riesgos...”, op. cit., págs. 95, 96 y 97.

⁵⁷³ SIERRA HERNÁIZ, E., “Prevención de Riesgos...”, op. cit., pág. 94.

⁵⁷⁴ SIERRA HERNÁIZ, E., “Prevención de Riesgos...”, op. cit., págs. 93-120.

analizadas, tratan de manera superficial esta materia y salvo excepciones, no es un contenido prioritario para los convenios. Por último, precisa –al igual que concluimos en nuestro estudio–, que se han detectado numerosas incorrecciones en los textos supervisados.

El segundo estudio, referido a las contingencias profesionales y género en la negociación colectiva sectorial, ha analizado convenios colectivos desde 2016 en sectores masculinizados y feminizados⁵⁷⁵. Así, en lo que respecta a nuestro estudio, el autor encontró una mayor frecuencia de disposiciones relativas a los riesgos relacionados con el embarazo y la lactancia. Cita como ejemplos las evaluaciones de riesgos específicas que deben realizarse, no sólo en los supuestos de embarazo, sino aquellos que se refieren al parto reciente y la lactancia.

Por tanto, con relación a la regulación convencional y en términos generales, destacamos que la negociación colectiva no realiza un adecuado tratamiento de la protección de la maternidad en el ámbito laboral, puesto que en la mayoría de casos, se limitan a transcribir de forma literal el art. 26 LPRL (algunos ni siquiera redactan el texto en vigor) o hacen una remisión al mismo precepto⁵⁷⁶. Con estas medidas, se limita el posible desarrollo convencional de la materia en cuestión, que podría llegar a ser más beneficioso para una eficaz protección de la seguridad y salud laboral relacionada con la maternidad⁵⁷⁷. Ciertamente, estas transcripciones literales pueden servir de “correa de transmisión”, siendo positivo su objetivo pedagógico, pero que sin embargo, desaprovecha una oportunidad de regular aspectos como la identificación de los puestos exentos de riesgo para la maternidad o el establecimiento de garantías adicionales para la mujer trabajadora embarazada o durante la lactancia natural⁵⁷⁸.

2.5. EL RECONOCIMIENTO MÉDICO COMO INSTRUMENTO DE VIGILANCIA DE LA SALUD DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA O LACTANTE

La Directiva marco establece en su art. 14 que, para la aplicación de la vigilancia de la salud de los trabajadores, deberán fijarse medidas específicas de acuerdo con las legislaciones y/o los usos nacionales, y siempre teniendo en cuenta los riesgos inherentes a su seguridad y salud. Este precepto fija el principio de voluntariedad del trabajador a someterse a una vigilancia de la salud periódica, permitiendo el legislador

⁵⁷⁵ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. “Contingencias profesionales y género en la negociación colectiva sectorial”, *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2018, págs. 177-189.

⁵⁷⁶ Hecho que ya se pudo observar en un informe del año 2004 y que en nuestra opinión se mantiene a día de hoy en numerosos convenios (NAVARRO NIETO, F., “El tratamiento de la Prevención...”, op. cit., pág. 38).

⁵⁷⁷ NIETO ROJAS, P., “Género, prevención de riesgos y negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2017, pág. 170.

⁵⁷⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., pág. 362.

europeo que la vigilancia de la salud laboral pueda formar parte de un sistema nacional de sanidad.

Tras la transposición de esta Directiva, nuestro derecho interno pasó a regular la vigilancia de la salud de los trabajadores en los arts. 14.2 LPRL –en el que se determina el deber empresarial a garantizar la vigilancia de la salud de los trabajadores– y 22 LPRL, que establece que el empresario debe garantizar la vigilancia periódica del estado de salud de los empleados a su servicio en función de los riesgos inherentes al trabajo⁵⁷⁹. Los reconocimientos médicos se conciben como un derecho de los trabajadores y son, como regla general y siguiendo el sentido de la norma europea, de carácter voluntario, debiendo respetarse en todo momento el derecho a la intimidad (corporal y personal), a la dignidad y a la confidencialidad de toda la información relacionada con el estado de salud del trabajador. En ningún caso pueden traducirse en un instrumento de control empresarial de aptitudes o capacidades de los mismos⁵⁸⁰. Instrumentos que ya se establecen en la normativa laboral, pudiendo el empresario “verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico”⁵⁸¹.

A pesar de la manifestada voluntariedad como regla general, el legislador plantea varios supuestos en los que estima la obligatoriedad de estos reconocimientos basándose en la necesaria evaluación de los efectos que las condiciones de trabajo pueden ocasionar sobre la salud de los trabajadores y en la determinación del peligro que puede ocasionar el estado de salud del trabajador hacia sí mismo o hacia terceras personas. Asimismo, será igualmente obligatorio el reconocimiento médico cuando así se disponga en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad⁵⁸².

⁵⁷⁹ Cuando nos referimos a la vigilancia de la salud, utilizaremos los términos de “reconocimientos o pruebas” (art. 22.1 LPRL) y “exámenes de salud” (art. 37.c) RSP) de forma indistinta, como instrumentos centrales para realizar la vigilancia periódica del estado de salud. Interesante planteamiento realiza en este sentido, GÓMEZ CABALLERO, P., “Vigilancia y control del estado de salud y respeto al derecho a la intimidad del trabajador”, Relaciones Laborales, núm. 2, 2005, pág. 16.

⁵⁸⁰ STC 196/2004, de 15/11/2004. Sentencia que analiza la legitimidad constitucional de una decisión empresarial de despido basada en falta de aptitud para desempeñar el trabajo. Esta resolución reitera la doctrina establecida, entre otras, en las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre; 70/2002, de 3 de abril; 83/2002, de 22 de abril.

⁵⁸¹ Art. 20.4 LET.

⁵⁸² Hasta la entrada en vigor de la LPRL, el art. 11 E) de la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, establecía como una obligación del trabajador el someterse a los reconocimientos médicos preceptivos. Este precepto fue derogado junto con el resto del Título I y el Título III por la norma preventiva. Igualmente, la derogada Orden del Ministerio de Trabajo de 21 de noviembre de 1959 (BOE núm. 284 de 27/11/1959), por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios Médicos de Empresa, determinaba esta obligatoriedad en los arts. 44, 45, 49, 50 y 51. Sobre la mencionada ordenanza General, véase análisis que realiza MONTROYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A., “Principios jurídicos de la protección de la salud de los trabajadores en la empresa”, La Mutua, Fraternidad Muprespa, 2002, pág. 59.

En el mismo sentido y de acuerdo a los arts. 243 y 244 LGSS, se manifiesta esta obligatoriedad en los casos de puestos de trabajo que presentan riesgo de enfermedad profesional⁵⁸³, en los que se establece como requisito indispensable la realización de un reconocimiento médico previo a la contratación y la realización de los reconocimientos de carácter periódico que para cada tipo de enfermedad profesional se determinen en las normas de aplicación que establezca el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. La calificación de estos reconocimientos médicos deberá ser de aptitud para el trabajo que vayan a desempeñar; en caso contrario, se prohíbe a la empresa contratar a estos trabajadores inicialmente y mantenerlos en su puesto de trabajo en los casos de reconocimientos periódicos. Excepcionalmente se puede conceder un plazo para realizar los reconocimientos médicos iniciales tras la contratación, debiendo realizarse inmediatamente después de la iniciación del trabajo; todo ello de acuerdo a las normas de aplicación y desarrollo de la LGSS.

En estos casos, como afirmamos, se trata de una obligación del trabajador prestarse a realizar los reconocimientos médicos iniciales y periódicos y un correlativo deber empresarial realizar los mismos, pudiendo derivarse graves consecuencias por un incumplimiento en este sentido. Así, la empresa será la responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse de enfermedad profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una mutua colaboradora con la Seguridad Social, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora.

Es necesario matizar que no basta la simple presencia de ciertos agentes potencialmente causantes de enfermedades profesionales, puesto que ello no implica relación causal directa con riesgo y, menos aún con “riesgo cierto” de enfermedad profesional, que es el que realmente va a determinar que exista una obligación para el trabajador de someterse a las medidas específicas de vigilancia de la salud. Es decir, puede existir exposición a determinados agentes potencialmente peligrosos y en cambio, no se pueda afirmar que se dan las condiciones previstas en las normas que llevan a admitir que existe un riesgo cierto de enfermedad profesional, por lo que, en ese caso la vigilancia de la salud sería voluntaria⁵⁸⁴.

No debemos olvidar el papel que le otorga la ley a las entidades gestoras y las colaboradoras con la Seguridad Social, que deberán asegurarse antes de la asunción de la protección por contingencias profesionales del personal empleado en empresas con riesgo específico de enfermedad profesional, que conocen los certificados médicos iniciales y periódicos. Es decir, estas entidades deben exigir a la empresa los certificados que acreditan la realización de los reconocimientos médicos; en caso

⁵⁸³ Según lo establecido en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

⁵⁸⁴ MORENO MÁRQUEZ, A., “Riesgo de enfermedad profesional y reconocimientos médicos”, *Aranzadi Social*, Vol. 4, núm. 6, 2011, pág. 208.

contrario se exponen a importantes sanciones, que pueden llegar incluso a la anulación de la autorización para colaborar en la gestión⁵⁸⁵.

2.5.1. Contenido de la vigilancia de la salud

Con relación a la tipología y el contenido de la vigilancia de la salud de los trabajadores, debemos acudir al art. 37.3 RSP que establece que la actividad sanitaria deberá estar a lo dispuesto en el mencionado art. 22 LPRL y debe comprender: 1) una evaluación inicial de la salud de los trabajadores tras la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud; 2) una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores; y 3) una vigilancia de la salud a intervalos periódicos⁵⁸⁶.

Continúa el art. 37.3 RSP determinando que la vigilancia de la salud debe estar sometida a los protocolos específicos existentes con respecto a los factores de riesgo a los que esté expuesto el trabajador. Asimismo, los exámenes de salud incluirán en todo caso, una historia clínico-laboral, en la que además de los datos de anamnesis, exploración clínica y control biológico y estudios complementarios en función de los riesgos inherentes al trabajo, se hará constar una descripción detallada del puesto de trabajo, el tiempo de permanencia en el mismo, los riesgos detectados en el análisis de las condiciones de trabajo, y las medidas de prevención adoptadas. En cualquier caso, estas pruebas deberán causar las menores molestias posibles al trabajador y deberán ser proporcionales al riesgo⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Art. 244.3 LGSS: “El incumplimiento por las mutuas de lo dispuesto en el apartado 1 les hará incurrir en las siguientes responsabilidades: a) Obligación de ingresar en el Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social a que se refiere el artículo 97, el importe de las primas percibidas, con un recargo que podrá llegar al 100 por ciento de dicho importe; b) Obligación de ingresar, con el destino antes fijado, una cantidad igual a la que equivalgan las responsabilidades a cargo de la empresa, en los supuestos a que se refiere el apartado anterior de este artículo, incluyéndose entre tales responsabilidades las que procedan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164; c) Anulación, en caso de reincidencia, de la autorización para colaborar en la gestión; d) Cualesquiera otras responsabilidades que procedan de acuerdo con lo dispuesto en esta ley y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo”.

⁵⁸⁶ Para llevar a cabo de una forma efectiva la vigilancia de la salud de los trabajadores, el Anexo III del Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención, establece el equipamiento sanitario básico con el que deberá contar el área sanitaria del servicio de prevención de riesgos, a saber: a) audiómetro y cabina audiométrica homologados en todos los servicios de prevención ajenos. En el caso de los servicios de prevención propios únicamente en el caso de que en las empresas a las que dan servicio haya exposición a ruido; b) camilla de exploración; c) contenedores de residuos sanitarios, según normativa aplicable; d) electrocardiógrafo; e) equipo de radiodiagnóstico: propio o concertado; f) equipo para control visión homologado; g) esfigmomanómetro; h) espirómetro o neumotacógrafo homologados; i) fonendoscopio; j) laboratorio: propio o concertado; k) linterna o fuente de luz externa; l) martillo de reflejos; m) medicación, material y equipo suficiente para atender urgencias y primeros auxilios; n) negatoscopio; o) nevera con termómetro de máximas y mínimas; p) oftalmoscopio; q) otoscopio; r) peso clínico; s) rinoscopio; y t) talla.

⁵⁸⁷ En cuanto a las “menores molestias”, LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M.P., “La vigilancia de la salud de los trabajadores. La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004”, Revista de Información

Centrándonos en los protocolos específicos ya mencionados, se establece que el Ministerio de Sanidad y Consumo⁵⁸⁸ y las Comunidades Autónomas, oídas las sociedades científicas competentes y de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Sanidad en materia de participación de los agentes sociales, establecerán la periodicidad y contenidos específicos de cada caso. A nivel técnico sanitario, “los protocolos representan guías de actuación dirigidas a los profesionales sanitarios encargados de la vigilancia de la salud de los trabajadores, y son, por fuerza, generales. Como parte del plan de prevención de riesgos laborales de la empresa, en función de los resultados de la evaluación de riesgos y de las características individuales de los trabajadores expuestos a ellos, deberá planificarse el programa de vigilancia de la salud de esa empresa. Y es en ese marco dónde el profesional sanitario debe adaptar estos protocolos a esos trabajadores concretos que tutela desde el Servicio de Prevención (propio, mancomunado o ajeno) en el que desarrolla su actividad”⁵⁸⁹.

Actualmente, hay veintiún (21) protocolos de vigilancia sanitaria específica de los trabajadores, que son aprobados y actualizados periódicamente por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y por la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (en los protocolos más recientes).

En la Tabla 2.11 se relacionan los protocolos en vigor y la fecha en la que fueron aprobados o actualizados.

TABLA 2.11. Protocolos de vigilancia sanitaria específica de los trabajadores (por orden alfabético)⁵⁹⁰.

PROTOCOLO	FECHA DE VIGENCIA
Adenocarcinoma de fosas nasales y senos paranasales en personas trabajadoras expuestas a polvo de madera	Mayo de 2019
Agentes anestésicos inhalatorios	Diciembre de 2001
Agentes biológicos	Diciembre de 2001

Laboral, núm. 16, 2004, págs. 2-13, estima que se deben tener en cuenta conceptos como el pudor o el recato del trabajador, de manera que está prohibida toda intromisión que pueda convertirse en injustificada por excesiva.

⁵⁸⁸ Actualmente Ministerio de Sanidad (Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales). La estructura de este ministerio fue modificada por Real Decreto 735/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

⁵⁸⁹ MINISTERIO DE SANIDAD, “Protocolos de vigilancia sanitaria específica de los trabajadores”. Enlace: <https://bit.ly/2Y8b6rr>.

⁵⁹⁰ MINISTERIO DE SANIDAD, “Protocolos de vigilancia sanitaria específica de los trabajadores”. Enlace: <https://bit.ly/2Y8b6rr>.

PROTOCOLO	FECHA DE VIGENCIA
Agentes citostáticos	Noviembre de 2003
Agrario	Junio de 2013
Alveolitis alérgica extrínseca	Diciembre de 2000
Amianto	Noviembre de 2012
Asma laboral	Diciembre de 2000
Cloruro de vinilo monómero	Octubre de 1999
Dermatosis laborales	Febrero de 2003
Manipulación manual de cargas	Abril de 1999
Movimientos repetidos	Abril de 2000
Neuropatías	Abril de 2000
Óxido de etileno	Noviembre de 2003
Pantallas de visualización de datos	Abril de 1999
Plaguicidas	Octubre de 1999
Plomo	Abril de 1999
Posturas forzadas	Abril de 2000
Radiaciones ionizantes	Julio de 2002
Ruido	Mayo de 2019
Silicosis	Septiembre de 2019

En cuanto al contenido específico de la vigilancia de la salud, son numerosos los textos legales que recogen pruebas específicas de salud que deben formar parte del propio reconocimiento médico, atendiendo a los riesgos concretos de determinados sectores de actividad⁵⁹¹.

⁵⁹¹ A título informativo, se relacionan algunas de estas pruebas médicas: 1) Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Minero: estudio médico-laboral y ergonómico de todo trabajador minero que sufra accidente de trabajo o enfermedad profesional a efectos de determinar las posibles secuelas resultantes y su capacidad residual de trabajo y la posibilidad de adscripción a otros puestos de trabajo compatibles con su estado; 2) Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización: se tendrán en cuenta los riesgos para la vista y los problemas físicos y de carga mental, el posible efecto añadido o combinado de los mismos, y la eventual patología acompañante, los trabajadores tendrán derecho a un reconocimiento oftalmológico; 3) Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo: Registro de los antecedentes médicos y profesionales de cada trabajador, entrevista personal y, en su caso, un control biológico, así como una detección de los efectos precoces y reversibles; 4) Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo: el reconocimiento médico de embarque inicial incluirá como mínimo: a) exploración física; b) examen de visión (agudeza visual y

Asimismo, la negociación colectiva puede ampliar y mejorar el alcance de las medidas que se practican a los trabajadores durante su vigilancia de la salud, incluyéndose en determinadas situaciones y bajo criterios específicos pruebas complementarias⁵⁹².

visión cromática); c) examen otológico (otoscopia y audiometría); d) electrocardiograma en reposo; e) espirometría; f) analítica: hemograma completo, bioquímica sanguínea (glucosa basal, colesterol total, HDL-Colesterol, triglicéridos, enzimas hepáticas GOT-GPT-GGT, creatinina, ácido úrico) y g) sistemático de orina. El reconocimiento médico de embarque periódico incluirá como mínimo: a) exploración física; y b) analítica (hemograma completo, bioquímica sanguínea y sistemático de orina); 5) Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido: a los trabajadores cuya exposición al ruido supere los valores superiores de exposición, se les realizará controles audiométricos; y 6) Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores: Las pruebas de aptitud psicofísica tendrán por objeto dejar constancia de que no existe enfermedad o discapacidad que pueda suponer incapacidad para conducir asociada con: a) la capacidad visual; b) la capacidad auditiva; c) el sistema locomotor; d) el sistema cardiovascular; e) Trastornos hematológicos; f) el sistema renal; g) el sistema respiratorio; h) enfermedades metabólicas y endocrinas; i) el sistema nervioso y muscular; j) trastornos mentales y de conducta; k) trastornos relacionados con la adicción a drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas; l) aptitud perceptivo-motora; m) cualquier otra afección no mencionada en los apartados anteriores que pueda suponer una incapacidad para conducir o comprometer la seguridad vial.

⁵⁹² Así lo establece por ejemplo el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing), publicado por Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo («BOE» núm. 165, de 12/07/2017), en el que se determina que las medidas de vigilancia de la salud deberán incluir, como mínimo: A) Historia clínico-laboral y exploración: analítica de sangre y de orina; electrocardiograma cuando existan factores de riesgo familiares, y, en general, a partir de los 40 años. B) Examen por especialista: examen del oído por especialista; examen de la garganta. C) Aplicación del protocolo de reconocimientos médicos para personas usuarias de pantallas de visualización del Ministerio de Sanidad, con especial valoración de los riesgos que puedan afectar a trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, y personas especialmente sensibles a determinados riesgos. Sobre este convenio colectivo y el anterior vigente, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., “El poder de verificación del estado de salud del trabajador y límites a la negociación colectiva. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 62/2018, de 25 de enero”, Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, 2018, núm. 423, págs. 156-161. En el mismo sentido se pronuncia el VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia, publicado por Resolución de 22 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo («BOE» núm. 160, de 06/07/2017), en el que se establece un reconocimiento médico anual que incluirá una revisión ginecológica y los trabajadores varones mayores de cuarenta años tendrán derecho a un reconocimiento de tipo urológico; Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito, publicado por Resolución de 19 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo («BOE» núm. 183, de 03/07/2020), en el que determina en su art. 26 que las medidas de vigilancia de la salud incluirán analítica, de sangre y orina, y electrocardiograma a partir de 40 años o cuando existan antecedentes familiares de riesgo, y reconocimiento oftalmológico, de la función auditiva y del sistema osteomuscular, para quien lo solicite; Convenio colectivo de Allianz Popular Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima (Sociedad Unipersonal), Allianz Popular Pensiones EGFP, Sociedad Anónima (Sociedad Unipersonal) y Allianz Popular Asset Management, SGIIC, Sociedad Anónima (Sociedad Unipersonal), Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM) de 30/01/2016, que en su art. 16, especifica que “con carácter anual las empresas ofrecerán pruebas complementarias (reconocimiento ginecológico para las mujeres y urológico para los hombres) de acuerdo con los protocolos médicos establecidos al respecto según la edad”; Convenio colectivo estatal del personal de estructura del Grupo Mercantil ISS, publicado por Resolución de 13 de marzo de 2017, de la Dirección General de Empleo («BOE» núm. 76, de 30/03/2017), en su art. 33 se establece que las medidas de vigilancia de la salud deberán incluir, como mínimo, el oído, la función visual, el sistema osteomuscular y una valoración de la carga mental. Otra prueba de ello es el Convenio colectivo de “Proyectos Integrales de Limpieza, Sociedad Anónima (PILSA), Centro del Ente Público Hospital Universitario de Fuenlabrada, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM) de 02/04/2016, que en su art. 29.4 establece que resulta obligatorio realizar reconocimientos médicos específicos en los términos previstos en la normativa aplicable y protocolos médicos publicados por el Ministerio de Sanidad y Consumo, así como la vacunación (incluida la gripe, hepatitis A, B y tétanos) de todo el personal expuesto al riesgo al que hace referencia el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos. En términos similares se establece en el Convenio colectivo de la UTE Planta RSU Pinto (“Urbaser, Sociedad Anónima”; “Dragados, Sociedad Anónima”, y “Comsa, Sociedad Anónima”), Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM) de 09/04/2016, que en su art. 18 prevé una vacunación contra la gripe, –en esta ocasión de carácter voluntario– y efectuándose en horas de trabajo. Por su parte, el Convenio colectivo para el sector de harinas panificables y

Con relación a las responsabilidades empresariales por incumplimientos en materia de vigilancia de la salud, el art. 13.4 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), determina que es una infracción muy grave “la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”.

A nivel internacional, la OIT ha aprobado numerosas normas relacionadas con la salud de los trabajadores y los exámenes médicos específicos de determinados colectivos laborales. Así, el Convenio núm. 161 (1985) sobre los servicios de salud en el trabajo determina en su art. 5 (f) que los servicios de salud en el trabajo deberán asegurar una vigilancia de la salud de los trabajadores adecuada y apropiada a los riesgos de la empresa⁵⁹³. Más explícito es el contenido de la Recomendación núm. 97 (1953) sobre la protección de la salud de los trabajadores, en la que se establece que el empleo de los trabajadores en actividades con riesgos especiales para la salud está condicionado a la realización de los exámenes médicos iniciales y periódicos que se determinen con el fin de descubrir lo antes posible los síntomas de una enfermedad profesional determinada y determinar si, en lo concerniente al riesgo de esa enfermedad profesional, existen contraindicaciones médicas al empleo. La Recomendación núm. 171 (1985) relativa a los servicios de salud en el trabajo determina que además de los reconocimientos médicos iniciales y periódicos, deberán realizarse evaluaciones del estado de salud de los trabajadores: 1) cuando reanuden su actividad laboral tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con el fin de determinar el posible origen laboral y la necesidad de adaptación del puesto de trabajo; y 2) cuando se asigne al trabajador a un puesto de trabajo que entrañe riesgos susceptibles de provocar perjuicios posteriores para su salud o de contribuir a tales perjuicios⁵⁹⁴.

sémolas, publicado por Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo («BOE» núm. 169, de 17/06/2020), establece en su artículo 27, que cualquier reconocimiento médico sea voluntario u obligatorio contendrá como norma una radiografía de tórax, análisis inmunobiológico, espirometría y una prueba alérgica estándar.

⁵⁹³ Este convenio no ha sido ratificado por España.

⁵⁹⁴ Además de las normas de la OIT mencionadas, son numerosos los textos que contienen referencias a la vigilancia de la salud de los trabajadores, entre otros, los siguientes convenios: núm. 13, sobre cerusa (pintura); núm. 16, sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo); núm. 73, sobre el examen médico de la gente del mar; núm. 77, sobre el examen médico de los menores (industria); núm. 78, sobre el examen médico de los menores (trabajos no industriales); núm. 113, sobre el examen médico de los pescadores; núm. 115, sobre la protección contra las radiaciones; núm. 124, sobre el examen médico de los menores (trabajo subterráneo); núm. 136, relativo a la protección contra los riesgos de intoxicación por el

2.5.2. Características de la vigilancia de la salud

La vigilancia de la salud manifestada a través de los reconocimientos médicos, deberá estar sujeta a los siguientes requisitos formales y limitaciones en su ejecución:

1. **Debe ser voluntaria:** como regla general, el trabajador tiene libertad plena para decidir someterse o no a los controles médicos, permitiendo en su caso, exploraciones y analíticas sobre datos corporales⁵⁹⁵. El trabajador debe prestar su consentimiento para que se pueda llevar a cabo su vigilancia médica. Esta conformidad debe manifestarse de manera expresa, aunque no necesariamente de forma escrita, pudiendo ser verbal o incluso mediante la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad, “todo ello sin perjuicio de los requisitos que eventualmente pueda establecer la normativa infraconstitucional sobre la materia o de lo que cupiera decir en casos diversos al ahora analizado por afectación de otros derechos”⁵⁹⁶. Lo esencial es que el trabajador preste su consentimiento para cada una de las pruebas que deba realizarse en función de los protocolos médicos que le sean de aplicación de acuerdo al puesto de trabajo que ocupe, no siendo válidas las autorizaciones genéricas, ni los consentimientos estandarizados introducidos, como una cláusula del contrato de trabajo, ni por la vía de la negociación colectiva⁵⁹⁷ ⁵⁹⁸. En este sentido, el trabajador podrá revocar este consentimiento en cualquier momento⁵⁹⁹.

Sobre este requisito, conviene mencionar el llamado “consentimiento informado”, que se define en el art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. Como bien establece la norma, este deber será preceptivo para toda

benceno; núm. 139, sobre el cáncer profesional; núm. 148, sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones); núm. 162, sobre el asbesto; y núm. 176, sobre seguridad y salud en las minas. Además, las siguientes Recomendaciones de la OIT hacen mención a la vigilancia de la salud laboral: núm. 4, sobre el saturnismo (niños y mujeres); núm. 112, sobre los servicios de medicina del trabajo; núm. 114, sobre la protección contra las radiaciones; núm. 144, sobre el benceno; núm. 14, sobre el cáncer profesional; núm. 156, sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido, y vibraciones); núm. 164, sobre seguridad y salud de los trabajadores; núm. 172, sobre el asbesto; núm. 183, sobre seguridad y salud en las minas; y núm. 192, sobre la seguridad y la salud en la agricultura.

⁵⁹⁵ STSJ de Cantabria de 23/06/2010.

⁵⁹⁶ STC 196/2004, de 15/11/2004.

⁵⁹⁷ STS de 09/11/2005.

⁵⁹⁸ MONTOYA MEDINA, D., “En torno al alcance de ciertos condicionantes legales de la vigilancia de la salud de los trabajadores”, Trabajo y Derecho, núm. 29, 2017, pág. 43.

⁵⁹⁹ Art. segundo apartado tres de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Comentado por SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 53, 2004, pág. 188.

intervención sanitaria con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación⁶⁰⁰.

Este consentimiento, será válido cuando el trabajador quede perfectamente informado sobre el contenido del reconocimiento médico. Así, la STC 196/2004, afirma que el trabajador “debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal, (...), en relación con todas las actuaciones que por las partes del cuerpo sobre las que se opera o por los instrumentos mediante los que se realizan incidan en el pudor o el recato corporal de la persona”. Sobre las características concretas del consentimiento, destacamos que debe ser preferiblemente por escrito, utilizando un lenguaje claro y comprensible, teniendo en cuenta la capacidad de instrucción y comprensión del trabajador⁶⁰¹. En cuanto a la forma del consentimiento, el TC apuesta por una interpretación no restrictiva, considerando que ni la CE ni la LPRL establecen la forma escrita del consentimiento como único modo de proceder. Lo indispensable es que se manifieste la voluntad real del trabajador de someterse al reconocimiento, hecho que podrá realizarse de forma verbal⁶⁰². Incluso, algunos autores han señalado que sería válido el consentimiento, con el simple hecho de que el trabajador se presente en la fecha, hora y lugar indicados, sin necesidad de que exista una comunicación específica del trabajador⁶⁰³.

Así, la información que se proporcione al trabajador debe estar exenta de cualquier actuación o conducta dolosa o maliciosa, prescindiéndose de cualquier tipo de intimidación, que le lleve a un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente (por ejemplo, el despido). En definitiva, se persigue que el trabajador se encuentre libre y autónomo de prestar el consentimiento⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ Sobre esta ley, hay que tener en cuenta que su ámbito de aplicación establece la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica. Por ello, entendemos que no puede ser de aplicación directa al derecho preventivo laboral. Sin embargo, la Disposición adicional segunda de la misma, establece que “las normas de esta Ley relativas a (...), el consentimiento informado del paciente (...), serán de aplicación supletoria en (...) los que carezcan de regulación especial”. Por ello, entendemos que puede ser de aplicación a la normativa preventiva laboral por esa “falta de regulación especial”. Misma opinión manifiesta PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., “La vigilancia de la salud en el ámbito laboral”, CES, Madrid, 2005, pág. 99.

⁶⁰¹ Lo más recomendable es exigir al trabajador el consentimiento por escrito, con vistas a posibles reclamaciones.

⁶⁰² IGARTUA MIRÓ, M.T., “Comentario al artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Vigilancia de la salud (I)”, en “Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Grandes Tratados Aranzadi Social, 2010.

⁶⁰³ Por todos, CAVAS MARTÍNEZ, F., “Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador”, Aranzadi Social, 2004, pág. 290.

⁶⁰⁴ PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., “La vigilancia de la salud...”, op. cit., págs. 100-101, en referencia a la STSJ de Cantabria de 11/07/1997.

2. Debe respetar la intimidad y dignidad del trabajador y la confidencialidad de los datos médicos: se debe respetar en todo momento el derecho a la intimidad y a la dignidad del trabajador, así como la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud⁶⁰⁵. En este sentido, la doctrina del TC ha definido el derecho a la intimidad como la garantía “de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”; “confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”⁶⁰⁶.

En la vigilancia de la salud, se vulneraría la intimidad personal si la obtención de datos pertenecientes a la privacidad del trabajador descansase en una utilización extensiva de las excepciones que establece la norma, sustituyendo la finalidad de la Ley hasta hacer impracticable el derecho fundamental afectado⁶⁰⁷.

Asimismo, los datos médicos que se deriven de la vigilancia de la salud del trabajador sólo podrán ser conocidos por el propio personal médico y las autoridades sanitarias, sin que puedan facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. No podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. En caso contrario, se trataría de una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, como así se ha reconocido en la STSJ de Madrid de 08/03/2019, en la que se relata que el departamento de recursos humanos de una empresa, solicita a una trabajadora los informes médicos de los últimos años, antes de proceder a la prórroga de su contrato. El área de medicina del trabajo del servicio de prevención, emitió previamente, informe de aptitud para el trabajo, hecho que no fue suficiente para el área de recursos humanos, que exigió a la trabajadora los citados informes médicos. El tribunal entendió que esta petición vulneraba el derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora, derecho que el TC ha entendido como un correlativo deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal, que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o cuando exista un consentimiento eficaz que lo autorice⁶⁰⁸. Ante

⁶⁰⁵ Sobre el derecho a la intimidad personal, habrá que tener en cuenta igualmente la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. («BOE» núm. 115, de 14 de mayo de 1982).

⁶⁰⁶ Entre otras, STC 196/2004 de 15/11/2004 y STC 70/2009 de 23/03/2009.

⁶⁰⁷ STSJ de Cantabria de 23/06/2010.

⁶⁰⁸ SSTC 44/1999, de 05/04/1999; 207/1996, de 16/12/1996; 292/2000, de 30/11/2000; 70/2000, de 03/04/2000 y 83/2002 de 22/04/2002.

esta situación la empresa optó por no renovar el contrato de la trabajadora, por lo que el TSJ de Madrid, falló declarando nulo el despido.

Con relación a la vigilancia de la salud practicada por el médico del trabajo, se producirá un delito contra la intimidad cuando se revelen secretos ajenos de los que una persona tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, siendo castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Igualmente, el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años⁶⁰⁹.

- 3. Es necesario informe de los representantes de los trabajadores cuando se determine la obligatoriedad:** sobre las excepciones a la regla general de voluntariedad, basados en la necesaria evaluación de los efectos que las condiciones de trabajo pueden ocasionar sobre la salud de los trabajadores y en la determinación del peligro que puede ocasionar el estado de salud del trabajador hacia sí mismo o hacia terceras personas, el legislador establece que para su aplicación será necesario informe previo de los representantes de los trabajadores. Este informe será preceptivo, pero en ningún caso la norma establece que deba ser vinculante, formando parte de las competencias consultivas⁶¹⁰ ⁶¹¹. Sin embargo, en nuestra opinión, el empresario debería tener en cuenta este informe para que su decisión sea lo más justificada y razonable posible. En cuanto a la negociación colectiva, si el convenio que resulte de aplicación regula el carácter vinculante de este informe, así lo será, puesto que se trataría de una mejora disponible para el trabajador⁶¹². En cualquier caso, si el empresario no solicita de forma preceptiva el informe, sería nula la exigencia de realizar el reconocimiento médico⁶¹³. Entendemos como representantes de los trabajadores, los órganos específicos de representación en materia de prevención, los delegados de prevención⁶¹⁴.

⁶⁰⁹ Art. 199 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶¹⁰ STSJ de Aragón de 27/02/2008, en la que se reconoce que debe existir el informe previo de los representantes de los trabajadores, pero que en ningún caso se menciona la fuerza vinculante del mismo.

⁶¹¹ GALLO FERNÁNDEZ, M., "Autorización e inspección de las actividades sanitarias de los servicios de prevención de riesgos laborales", Gobierno de Navarra, instituto Navarro de Administración Pública, 2009, pág. 202.

⁶¹² BLASCO PELLICER, A. A., "El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador", en BORRAJO DACRUZ, E., "Trabajo y libertades públicas", Wolters Kluwer, 1999, pág. 267. Misma opinión formula PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., "La vigilancia de la salud...", op. cit., pág. 102.

⁶¹³ TOSCANI GIMÉNEZ, D., "Reconocimientos médicos...", op. cit., págs. 48-49.

⁶¹⁴ POQUET CATALÁ, R., "Obligaciones de los trabajadores...", op. cit. págs. 155-176.

4. Debe ser específica: los reconocimientos médicos y las diferentes pruebas clínicas que deban realizarse deberán causar las menores molestias posibles al trabajador y deben ser proporcionales y específicas con relación al riesgo al que esté expuesto. Esta proporcionalidad se producirá cuando del reconocimiento médico puedan derivarse más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto⁶¹⁵. Lo esencial es que estas pruebas deben realizarse con el objetivo último de obtener unos datos concretos y precisos relacionados con la actividad laboral específica que esté realizando el trabajador y no para evaluar cualquier circunstancia personal, salvo que haya consentimiento expreso del empleado⁶¹⁶. La realización de pruebas médicas para una concreta averiguación sobre aspectos de la vida privada del trabajador, lesiona el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE)⁶¹⁷. Por ello, no se puede producir un exceso objetivo en el examen de salud de los trabajadores por no concurrir la finalidad o las circunstancias descritas. Los reconocimientos médicos no pueden tener una finalidad diferente a la de proteger el estado de salud del individuo, pudiendo perjudicar al trabajador ⁶¹⁸.

Asimismo, el derecho del trabajador a la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo que esté desarrollando no es óbice para que el empleador limite este derecho laboral en base a condicionar que todo reconocimiento médico se debe realizar si hay un riesgo o problema de salud directamente asociado a la actividad laboral que se analiza. Es decir, la norma determina el deber del empresario de garantizar esta vigilancia periódica con relación a los riesgos laborales a los que pueda estar expuesto el trabajador; ello no faculta al empresario a limitar este derecho a los trabajadores que entienda cumplan este requisito, sino que como la LPRL establece, debe quedar garantizada la vigilancia de la salud de todos los trabajadores, con independencia de los riesgos a los que se encuentren expuestos y la gravedad de los mismos⁶¹⁹.

5. Debe ser gratuita y durar en el tiempo: la vigilancia de la salud se prolongará más allá de la finalización de la relación laboral en aquellos casos en los que los efectos sobre los trabajadores así lo aconsejen; en general, cuando los efectos tengan un periodo de latencia largo o puedan aparecer una vez extinguida la relación contractual. Asimismo, el coste económico de cualquier medida relativa

⁶¹⁵ GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., “Una interpretación...”, op. cit., págs. 61-72.

⁶¹⁶ TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen jurídico laboral”, Bomarzo, 2011, pág. 47.

⁶¹⁷ STC 196/2004, de 15/11/2004. En esta sentencia se reconoce la vulneración del derecho fundamental a la intimidad derivado de un reconocimiento médico de empresa donde se detectó el uso de drogas, no justificado por riesgos laborales ni por el consentimiento de la trabajadora, quien no fue informada.

⁶¹⁸ GÓMEZ CABALLERO, P., “Vigilancia y control...”, op. cit., pág. 19.

⁶¹⁹ Teoría que se defiende en la STSJ de Madrid de 29/10/2012.

a la seguridad y salud en el trabajo, y por tanto el derivado de la vigilancia de la salud, no deberá recaer sobre el trabajador (art. 14.5 LPRL). Una consecuencia de lo anterior es la realización de los reconocimientos médicos dentro de la jornada laboral o el descuento del tiempo invertido de la misma. El art. 243 LGS establece igualmente que los reconocimientos serán a cargo de la empresa, abonando al trabajador, en su caso, los gastos de desplazamiento y la totalidad del salario que por tal causa pueda dejar de percibir. Por todo ello, para el trabajador nunca debe suponer una carga, coste o consecuencia negativa y perjudicial, realizándose siempre dentro de la jornada laboral, o en su defecto, el tiempo invertido deberá ser tenido en cuenta como tiempo efectivo de trabajo y, por ende, su compensación⁶²⁰.

- 6. Debe indicar la aptitud para el trabajo:** de los resultados del reconocimiento médico se elaborará informe de conclusiones en el que se determinará la aptitud del trabajador para su puesto de trabajo. En definitiva, se trata de una valoración de la relación entre las demandas del puesto de trabajo y las condiciones de salud del empleado. Las calificaciones serán: apto, no apto, no apto temporal y apto con restricciones o limitaciones⁶²¹. El empresario y/o los responsables de la prevención en la empresa, únicamente conocerán la calificación final del reconocimiento médico y si es necesaria la adaptación del puesto de trabajo o la introducción de mejoras y medidas de protección y prevención específicas.

Asimismo, los resultados globales de la vigilancia de la salud de los trabajadores, podrán ser conocidos por la empresa, los responsables del servicio de prevención, los miembros del Comité de Seguridad y Salud y en todo caso, por los delegados de prevención. En cualquier caso, sólo podrán conocer el informe de aptitud para el trabajo y las conclusiones del mismo. En este sentido, se podrán elaborar informes que reflejen los resultados globales de la plantilla de una empresa, como estudios epidemiológicos colectivos, considerando siempre que sea posible, criterios de secciones, categorías profesionales, sexo y edad, y

⁶²⁰ STSJ del País Vasco de 04/11/2014. Sentencia comentada en MUÑOZ RUIZ, A. B., “Problemas recientes sobre vigilancia de la salud: los casos de las empresas “Transportes Intercity” y “Servicios integrales KTZ””, Revista de Información Laboral, núm. 1, 2015, pág. 69.

⁶²¹ En la “Guía de recomendaciones para la valoración de la aptitud de los trabajadores”, editada por la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo (AEEMT), 2014, pág. 16, se definen las diferentes calificaciones que pueden producirse: “1) Apto: calificación que recibe el trabajador que podrá desempeñar su tarea habitual sin ningún tipo de restricción por motivo de salud; 2) No apto: calificación que recibe el trabajador cuando el desempeño de las tareas implique problemas serios de salud o ésta le imposibilite la realización de las mismas y, tanto en uno como en otro caso, no sea posible la aplicación de calificación de apto con restricciones o limitaciones. Puede ser no apto quien presente: a) patología que puede agravarse a pesar de las medidas preventivas; b) patología que arriesgue la salud de terceros; o c) incapacidad física y/o psíquica grave que sea incompatible con la realización de su trabajo; 3) No apto temporal: cuando las causas de la no aptitud sean susceptibles de revisarse en un determinado periodo de tiempo con posibilidad de calificarle de apto para su trabajo en sucesivas revisiones (se deberá reflejar en la carta de aptitud la fecha de la próxima revisión); y 4) Apto con restricciones o limitaciones: calificación que recibe el trabajador cuando las restricciones tienen por objeto lograr la rehabilitación y recuperación laboral del trabajador que lo precise y muy especialmente la integración profesional del minusválido.

preservando, en todo caso, la confidencialidad de los datos personales de salud⁶²².

2.5.3. Los reconocimientos médicos: obligatoriedad versus voluntariedad

Como ya se ha mencionado, los reconocimientos médicos se rigen por el principio general de voluntariedad condicionada, es decir que se exige el consentimiento del trabajador para llevarlos a cabo, sin embargo, el legislador permite ciertas excepciones que pasamos a analizar.

1. Primera excepción: imprescindibilidad. Podrá ser obligatorio cuando sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores. Es decir, cuando no haya otro procedimiento por el que se puedan detectar variables que se consideren que puedan estar afectadas por riesgos laborales objetivos⁶²³. Lo esencial es que el reconocimiento esté destinado a evaluar las consecuencias para la salud del trabajador que se pueden derivar de su exposición a un determinado riesgo, no pudiendo valorarse aspectos amplios, sino que debe perseguir aspectos concretos de su estado de salud. Si, por ejemplo, se necesita evaluar el estado de salud de un profesor universitario con relación a la enfermedad profesional asociada a este colectivo profesional denominada “nódulos de las cuerdas vocales a causa de los esfuerzos sostenidos de la voz por motivos profesionales”, el reconocimiento médico obligatorio sólo podrá establecer si el trabajador sufre esa enfermedad, no pudiendo abarcar otras enfermedades o estados biológicos⁶²⁴. Es importante el matiz de la exposición del trabajador a un determinado riesgo específico, puesto que la obligatoriedad no puede imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél, es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiendo o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes⁶²⁵.

⁶²² Así se establece, por ejemplo, en el artículo 44 del Convenio colectivo de la empresa “Rotocobrhi, Sociedad Anónima Unipersonal”, registrado, depositado y publicado por Resolución de 11 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM) núm. 291 de 08/12/2015, pág. 36.

⁶²³ TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Reconocimientos médicos...”, op. cit., pág. 48.

⁶²⁴ Enfermedad establecida en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (Anexo 1). Concretamente esta enfermedad con código 2L0101, pertenece al Grupo 2: Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos y es propia de “actividades en las que se precise uso mantenido y continuo de la voz, como son profesores, cantantes, actores, teleoperadores, locutores”.

⁶²⁵ Argumento que defienden entre otras la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24/01/2013; STSJ de Cantabria de 23/06/2010 y STSJ de Castilla La Mancha de 27/01/2011, siguiendo el criterio marcado por el TC en su sentencia 196/2004. Sobre la STSJ de Castilla La Mancha de 27/01/2011, véase GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., “Una interpretación sobre los límites a la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores”, Aranzadi Social, núm. 52/2011, págs. 61-72.

Que un reconocimiento médico sea necesario, no significa que sea imprescindible, sino que la práctica del mismo debe ser inevitable para evaluar los riesgos que afectan a la salud del trabajador⁶²⁶. Es decir, no debe haber otro procedimiento alternativo que evalúe estos riesgos⁶²⁷. En este sentido, la empresa debe aportar datos probados concretos que justifiquen la imprescindibilidad del reconocimiento médico y que se ajusta a los parámetros legales⁶²⁸. Por ello, muchos autores critican que el legislador deja en manos del empresario cuestiones de carácter médico, sin que se le exija al menos el apoyo y asesoramiento de los servicios de PRL⁶²⁹. En definitiva, el empresario debe justificar con hechos demostrativos que la medida es imprescindible y se ajusta a los parámetros legales, con rigor y sin apelaciones genéricas a la prevención de riesgos laborales, puesto que, en otro caso, la empresa tendría en su mano una capacidad prácticamente ilimitada para ejercer un control férreo sobre los trabajadores, que hoy por hoy no está permitido, salvo en supuestos singulares⁶³⁰.

2. Segunda excepción: constitución de peligro. Cuando sea necesario para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. La cuestión central se refiere a la doble vertiente de opinión de la doctrina sobre el alcance de los peligros laborales: 1) que únicamente afecten al trabajador; o bien 2) que las consecuencias puedan sufrirlas los demás empleados de la empresa. Un sector doctrinal estima que, en el primero de los casos, el reconocimiento médico únicamente puede ser voluntario, puesto que el trabajador es libre de asumir riesgos para su salud⁶³¹. En cambio, otro grupo de autores estima la obligatoriedad del reconocimiento en base a diversos argumentos, entre los que se encuentra el art. 25 LPRL⁶³². La dificultad estriba en

⁶²⁶ NAVARRO NIETO, F., "Los reconocimientos médicos...", op. cit., págs. 151-166.

⁶²⁷ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., "La vigilancia del estado de salud...", op. cit., pág. 191.

⁶²⁸ STSJ de Asturias de 09/11/2007.

⁶²⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, D., "Reconocimientos médicos...", op. cit., pág. 48. SÁNCHEZ PEGO, F.J., "La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales", Actualidad Laboral, núm. 1, 1997, pág. 25.

⁶³⁰ STSJ de Asturias de 09/11/2007 (F.D. 2º).

⁶³¹ Por todos, CAVAS MARTÍNEZ, F., "Vigilancia de la salud...", op. cit., pág. 291; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "Vigilancia de la salud versus intimidad del trabajador: condiciones de realización de los reconocimientos médicos preventivos", Tribuna Social, núm. 164-165, 2004, pág.17 y GOÑI SEIN, J.L., "Los límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales", Derecho Social, núm. 5, 1999, pág. 71.

⁶³² Sobre el debate doctrinal, véase PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., "La vigilancia de la salud...", op. cit., págs. 107-108.

la determinación del alcance de los daños: individual o que afecte a terceros⁶³³. Veamos los argumentos de ambas posiciones doctrinales.

La doctrina constitucional determina que “la obligatoriedad no puede imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión”⁶³⁴. El hecho de estar expuesto a determinados riesgos, no es óbice para imponer un reconocimiento médico, sino que habrá de justificarse en base a la regla de la proporcionalidad y el riesgo objetivable. Por tanto, las excepciones a la voluntariedad podrán operar cuando se produzca la “certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores”⁶³⁵. Asimismo, si el trabajador ocupa un puesto de trabajo cuyas funciones sean decisivas para la seguridad de compañeros de trabajo o de terceras personas relacionadas con la empresa, el reconocimiento deberá ser obligatorio.

Sin embargo, entendemos que esta regla tiene una excepción en el propio art. 22 LPRL, en el que se determina que el empresario debe garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Es decir, el empresario está obligado a velar por el estado de salud de todo trabajador, con independencia de que únicamente esté en juego la salud del propio empleado, no afectando a terceras personas. Por ello, este incumplimiento empresarial podría tener importantes repercusiones, puesto que, si el trabajador sufre algún daño que pudiera haberse evitado con la práctica del reconocimiento médico, se generaría la correspondiente responsabilidad⁶³⁶. En nuestra opinión, si un trabajador se opusiera a realizarse un reconocimiento médico y no pudiera exigirse su realización por no cumplir los requisitos de las excepciones planteadas en el art. 22 LPRL, el empresario debería exigir al trabajador su negativa por escrito a practicarle las citadas pruebas médicas, de forma que pueda servir para aminorar o quedar exonerado de dicha responsabilidad^{637 638 639}.

⁶³³ NAVARRO NIETO, F., “Los reconocimientos médicos...”, op. cit., págs. 151-166.

⁶³⁴ TC 196/2004, de 15/11/2004 (F.J. 6º).

⁶³⁵ Argumento no compartido por GÓMEZ CABALLERO, P., “Vigilancia y control...”, op. cit., págs. 26-27. Afirma que “pueden presentarse situaciones que razonablemente justifiquen realizar una evaluación del estado de salud, en la que el recurso al reconocimiento médico sea imprescindible para conocer el justo alcance del efecto de las condiciones de trabajo en la salud de los trabajadores”, por lo que estima que no debe exigirse esa “certeza de un riesgo o peligro para la salud”.

⁶³⁶ TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Reconocimientos médicos...”, op. cit., pág. 50.

⁶³⁷ Argumento defendido igualmente por TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Reconocimientos médicos...”, op. cit., pág. 50.

⁶³⁸ Práctica muy extendida entre el personal técnico y sanitario de los Servicios de PRL.

La jurisprudencia constitucional ha examinado los supuestos de reconocimiento obligatorio y ha concluido que se darán cuando se produzca "un riesgo efectivo en la salud por las características personales, anatómicas o biológicas del sujeto o por razones objetivas del puesto de trabajo", o bien concurren "factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con previsiones legales como las del art. 25.1, segundo párrafo, LPRL". Por tanto, en esta excepción, la obligatoriedad sólo puede imponerse si existe un riesgo o peligro objetivable, para lo que se deberá analizar el caso concreto.

En cuanto al resto de la colectividad, el TS, a través de la sentencia de 10/06/2015, determina que ha de prevalecer el interés general, del resto de compañeros o incluso de terceras personas frente al interés individual de proteger la propia intimidad⁶⁴⁰. En este sentido, el correcto estado de salud de los trabajadores evitaría o minimizaría los peligros derivados del indiscutible riesgo del trabajo, tanto para el propio trabajador como para los compañeros y terceras personas. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ del País Vasco de 16/02/2016, por la que se determina la obligatoriedad en puestos en los que el estado de salud del trabajador puede poner en peligro la vida propia y/o de los compañeros. Así, establece que para los puestos de trabajo de manejo de carretillas y traspaletas, trabajos expuestos a estrés térmico por frío, trabajos en espacios confinados/aislados y trabajos en altura, será obligatorio realizarse el reconocimiento médico específico⁶⁴¹.

Asimismo, se han detectado profesiones concretas en las que se ha determinado la obligatoriedad del reconocimiento en base a que las actividades presentan riesgos tanto para el trabajador como para los demás operarios o para terceras personas. Nos referimos a profesiones tales como: conductor de máquina de barrido mecánico⁶⁴²; vigilante de seguridad⁶⁴³ ⁶⁴⁴, -actividad que en numerosas

⁶³⁹ Negativa a la que suelen referirse los convenios colectivos. A modo de ejemplo, citaremos el Convenio colectivo general del sector de la construcción (Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general del sector de la construcción), que establece en el art. 20.3 que los reconocimientos periódicos posteriores al de admisión serán de libre aceptación para el trabajador, si bien, a requerimiento de la empresa, deberá firmar la no aceptación cuando no desee someterse a dichos reconocimientos; y el Convenio colectivo de Canal de Isabel II Gestión, S.A., en el que se establece que los trabajadores no afectados por reconocimientos médicos obligatorios, que no deseen realizar el reconocimiento médico, harán constar su renuncia por escrito (art. 74). (Resolución de 18 de enero de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Canal de Isabel II Gestión, SA. «BOE» núm. 26, de 31 de enero de 2017).

⁶⁴⁰ STS de 10/06/2015 (F.D. 5º). Véase comentario a la sentencia en SORIANO ARROQUIA, E. M.; MOLINA NAVARRETE, C., "Intimidad, pruebas médicas y convenio ¿«caducado»?": el riesgo a terceros ¿«excepción general» a su voluntariedad? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 10 de junio de 2015, rec. núm. 178/2014", Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social, núm. 392, 2015 págs. 119-125.

⁶⁴¹ Sobre esta sentencia, véase LAVIÑETA JASO, T., "Obligatoriedad de los RME en el ámbito de la prevención de riesgos laborales", Consell Obert, núm. 338, 2018, pág. 15.

⁶⁴² STSJ de Cataluña de 31/03/2016.

ocasiones conlleva unas condiciones de trabajo extremas y que conlleva portar un arma cuando el servicio lo requiera, de forma que puede ponerse en peligro su integridad física, así como como la de compañeros o terceras personas–; conductor de ambulancias⁶⁴⁵; o brigadista de extinción de incendios forestales⁶⁴⁶. En estos casos, la justificación del reconocimiento médico no se basa solo en función de los riesgos del puesto de trabajo, con relación a los que únicamente puedan afectar al trabajador, sino también por la incidencia que puedan tener en relación a terceras personas. Conocer las condiciones psicofísicas del trabajador puede evitar o minimizar los peligros derivados del riesgo de dicho trabajo, no sólo para el propio trabajador, sino también para los terceros⁶⁴⁷.

En cualquier caso, es esencial realizar las alegaciones que sean necesarias para justificar que el reconocimiento va encaminado a la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud, con identificación de cuáles, que justifique que el derecho a la intimidad ceda ante ese interés general de defensa del derecho a la salud del resto de la plantilla, siendo imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro no sólo para el mismo, sino también para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa⁶⁴⁸.

Por último, el empresario puede emplear –en base a esta excepción– herramientas que le permitan justificar la necesaria vigilancia de la salud del trabajador, como por ejemplo informes preventivos elaborados por el técnico superior en prevención de riesgos laborales, en los que el profesional puede

⁶⁴³ Entre otras, STSJ de Andalucía de 16/02/2012, STSJ de Andalucía de 12/05/2008, STSJ de Madrid de 28/04/2014 y STSJ de Extremadura de 05/02/2013. En esta última sentencia, es llamativo que el trabajador se negó hasta en seis ocasiones a asistir al reconocimiento médico, incluso aceptando el dinero entregado por la empresa para el desplazamiento, por lo que nos encontramos ante una clara conducta obstativa al cumplimiento de una orden empresarial. Asimismo, el técnico superior de PRL, lo consideraba necesario en informe emitido al efecto.

⁶⁴⁴ Sobre el colectivo de vigilantes de seguridad, la STS de 07/03/2018, falló que debido a las funciones desempeñadas y a las actividades especialmente delicadas y sensibles respecto de otros compañeros y de terceras personas, el interés individual del trabajador en proteger su propia intimidad, debe ceder frente a otro interés preponderante: el del resto de trabajadores o las terceras personas, porque su integridad física y salud pueden depender del estado de salud del trabajador vigilante de seguridad.

⁶⁴⁵ STSJ de Cantabria de 23/06/2010.

⁶⁴⁶ En el supuesto de los brigadistas de extinción de incendios forestales, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18/02/2014 –confirmada por la STS de 10/06/2015– determina que pese a que los reconocimientos médicos son voluntarios como regla general, en este caso, son obligatorios para el personal de las brigadas de prevención y extinción de incendios de la empresa TRAGSA (Transformaciones Agrarias, S.A.) puesto que el correcto estado de salud de los trabajadores puede evitar o minimizar los daños derivados del indiscutible riesgo de dicho trabajo, tanto para el propio trabajador como para los compañeros y terceras personas. Se trata de una tarea compleja y arriesgada que exige una buena capacidad física y psicológica, por desarrollarse frecuentemente en terrenos accidentados, con muy altas temperaturas y grandes emisiones de humo, y también su trabajo consiste en la prestación de auxilio a personas y cosas en catástrofes y emergencias, como nevadas e inundaciones. Véase LAVIÑETA JASO, T., “Obligatoriedad de los RME...”, op. cit., pág. 15.

⁶⁴⁷ STSJ de Cataluña de 31/03/2016 (F.D. 9º).

⁶⁴⁸ STSJ de Madrid de 18/01/2016 (F.D. 2º).

apreciar la necesidad de que al trabajador se le realice un reconocimiento médico específico para verificar el cumplimiento de esta excepción⁶⁴⁹. Los resultados de la evaluación de riesgos, elaborada por el técnico, pueden determinar la obligatoriedad del sometimiento a los reconocimientos médicos; el hecho de estar expuesto, por ejemplo, a riesgo químico no puede utilizarse sin más como justificación para imponer controles de la salud a los trabajadores⁶⁵⁰.

- 3. Tercera excepción: por mandato legal.** Cuando así esté establecido en una disposición legal –norma con rango de ley o reglamentaria⁶⁵¹– en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. Estas últimas, como conceptos jurídicos indeterminados, las entendemos como aquellas que presentan riesgos para la salud, con un alto grado de probabilidad de que se materialicen en un daño hacia la salud del trabajador⁶⁵². La normativa preventiva no establece, con carácter general, una relación exhaustiva de trabajos calificados como de especial peligrosidad. Sin embargo, en otros ámbitos más concretos si determina cuáles son las actividades que pueden incluirse dentro de esta categoría mencionada en el art. 22 LPRL. Así, el Anexo I del RSP, establece una relación de actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales a efectos de la coordinación de actividades empresariales⁶⁵³ y de la LISOS^{654 655}.

La doctrina constitucional establece que será de aplicación cuando concurren los siguientes requisitos: a) la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos); b) la indispensabilidad de las pruebas (por acreditarse *ad casum* la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado); y c) la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable⁶⁵⁶. Resumiendo, se debe comprobar que el reconocimiento médico constituye una medida proporcionada (adecuada, indispensable y

⁶⁴⁹ STSJ de Extremadura de 05/02/2013 (F.D. 3º), firme tras el Auto del TS de 03/04/2014.

⁶⁵⁰ GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., “Una interpretación...”, op. cit., págs. 61-72.

⁶⁵¹ Como así lo permite el art. 6 LPRL.

⁶⁵² PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., “La vigilancia de la salud...”, op. cit., pág. 115.

⁶⁵³ Disposición Adicional Undécima. Según lo previsto en el artículo 13.1.a) del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

⁶⁵⁴ Disposición Adicional Undécima.

⁶⁵⁵ Ambas disposiciones adicionales fueron añadidas por el Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

⁶⁵⁶ STC 196/2004 (F. J. 6º).

proporcionada) al fin que justifica la restricción del derecho a la intimidad del trabajador⁶⁵⁷. En cualquier caso, en aquellas actividades en las que se realicen trabajos que puedan ser considerados objetivamente como peligrosos para el trabajador o terceras personas, los reconocimientos médicos pueden llegar a ser obligatorios para quienes realicen de forma efectiva este tipo de trabajos⁶⁵⁸. Ello conllevaría que, en otros sectores, como por ejemplo en aquellos que haya una alta tasa de siniestralidad, los reconocimientos se convirtieran en obligatorios, siendo conveniente que se regulen en el convenio colectivo de aplicación para que cuenten con la aprobación de las partes implicadas y se produzcan las menos controversias posibles⁶⁵⁹.

Actualmente, son numerosas las normas que introducen criterios para la determinación de su obligatoriedad en base al cumplimiento de requisitos específicos⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ CARRIZOSA PRIETO, E., "Obligatoriedad de los reconocimientos médicos, consentimiento informado y protección de datos de los trabajadores", *Temas Laborales*, 2013, pág. 239.

⁶⁵⁸ A modo de ejemplo, se citan dos normas reglamentarias que establecen la obligatoriedad del reconocimiento médico en base a la especial peligrosidad: 1) Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes: los trabajadores expuestos clasificados como categoría A deberán someterse a un reconocimiento médico inicial, que "permita comprobar que no se halla incurso en ninguna de las incompatibilidades que legalmente estén determinadas y decidir su aptitud para el trabajo" y a reconocimientos médicos periódicos que permitan comprobar que siguen siendo aptos para ejercer sus funciones, estableciendo la periodicidad anualmente o "más frecuentemente, si lo hiciera necesario, a criterio médico, el estado de salud del trabajador, sus condiciones de trabajo o los incidentes que puedan ocurrir"; y 2) Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo: "la vigilancia de la salud será un requisito obligatorio para trabajar con un agente químico peligroso cuando así esté establecido en una disposición legal o cuando resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud del trabajador debido a que: a) no pueda garantizarse que la exposición del trabajador a dicho agente está suficientemente controlada; y b) el trabajador, teniendo en cuenta sus características personales, su estado biológico y su posible situación de discapacidad, y la naturaleza del agente, pueda presentar o desarrollar una especial sensibilidad frente al mismo". Más concretamente el anexo II de esta norma establece que "deberá procederse a la vigilancia médica cuando se esté expuesto a una concentración de plomo en aire que rebase los 0,075 mg/m³, calculados de forma ponderada con respecto al tiempo para un período de referencia de cuarenta horas semanales, o el control biológico detecte en determinados trabajadores un nivel de plomo en la sangre superior a 40 µg Pb/100 ml". Así, en cuanto a los trabajadores que estén expuestos a agentes químicos, recogidos como potencialmente causantes de enfermedades profesionales en el listado correspondiente, el empresario puede establecer el reconocimiento médico con carácter obligatorio al personal expuesto (STSJ de Castilla La Mancha de 27/01/2011 (F.D. 2º). Sobre esta sentencia véase GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., "Una interpretación...", op. cit., págs. 61-72. Igualmente, véase estudio sobre la obligatoriedad de los reconocimientos médicos en los casos de exposición a determinados agentes químicos de MORENO MÁRQUEZ, A., "Riesgo de enfermedad...", op. cit., págs. 197-208.

⁶⁵⁹ ESCUDERO ALONSO, L.J., "Comentario de Jurisprudencia Social: Reconocimientos médicos: ¿voluntarios u obligatorios", *Consell Obert*, 2015, pág. 29.

⁶⁶⁰ A modo de ejemplo, se citan: 1) Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Minero: serán obligatorios los reconocimientos médico-laborales de ingreso, periódicos y especiales para trabajadores con marcados riesgos, dirigidos a la valoración del estado de salud de los trabajadores y de su capacidad laboral y al diagnóstico del estado psicofísico de los mismos en cuanto pueda ser determinante de una especial predisposición o vulnerabilidad ante los riesgos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales; 2) Orden de 13 de septiembre de 1985 por la que se aprueban determinadas Instrucciones Técnicas Complementarias de los capítulos III y IV del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera: ITC: 04.8.01: sólo podrán ser admitidos a trabajar en actividades con riesgo de neumoconiosis las personas que hayan superado el examen médico realizado en las condiciones establecidas en el Reglamento de Enfermedades Profesionales, siendo indispensable la presentación de la certificación

Cuando operen una o más de estas tres excepciones, no hará falta el consentimiento del trabajador, siendo legítima la obligatoriedad del reconocimiento; siempre que las excepciones contenidas en la LPRL cumplan ciertos requisitos para poder dar lugar a una imposición del control médico⁶⁶¹. En el mismo sentido, esta obligatoriedad se convierte en norma general, siempre que la medida no se acuerde fraudulentamente, se respete la dignidad y la confidencialidad de la salud a que se refieren los apartados 2 y 4 del art. 22 LPRL y tengan por objeto vigilar el estado de salud de los trabajadores⁶⁶². Asimismo, para que opere esta obligatoriedad, deberán cumplirse los principios generales definidos para cualquier reconocimiento médico.

2.5.3.1. Argumentos jurisprudenciales sobre la obligatoriedad del reconocimiento

La jurisprudencia no tiene un criterio único aplicable a todas las situaciones, sino que establece las consecuencias teniendo en cuenta las circunstancias aplicables a cada caso. No cabe realizar una valoración genérica, sino que ésta habrá de concretarse caso por caso en la evaluación de riesgos de cada uno de los puestos de trabajo⁶⁶³. La obligatoriedad no podrá imponerse vulnerando el derecho a la intimidad personal, entendiéndose que se producirá “cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la ley, no sea eficazmente consentida o, aún autorizada, subvertida los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida”⁶⁶⁴. Es decir, se producirá una infracción del derecho a la intimidad si al trabajador se le impone el sometimiento a la vigilancia de la salud sin que exista causalidad, proporcionalidad y previsión legal suficiente. Si la empresa

médica antes de su incorporación al trabajo. Asimismo, deberán ser reconocidos de forma periódica; 3) Real Decreto 550/2020, de 2 de junio, por el que se determinan las condiciones de seguridad de las actividades de buceo: los buceadores de las modalidades de buceo deportivo y científico deberán superar al menos cada dos años un reconocimiento médico que incluya al menos las pruebas de espirometría, electrocardiograma y de otorrinolaringología, y que verifique la aptitud física para la práctica del buceo; 4) Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo: la vigilancia de la salud será un requisito obligatorio para trabajar con un agente químico peligroso cuando así esté establecido en una disposición legal o cuando resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud del trabajador; 5) Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto: toda persona que vaya a ser clasificada como trabajador expuesto de categoría A deberá ser sometida a un examen de salud previo (...) y decidir su aptitud para el trabajo. Asimismo, los trabajadores expuestos de categoría A estarán sometidos, además, a exámenes de salud periódicos que permitan comprobar que siguen siendo aptos para ejercer sus funciones; y 6) Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores: deberán someterse a las pruebas y exploraciones necesarias para determinar si reúnen las aptitudes psicofísicas requeridas, todas las personas que pretendan obtener o prorrogar cualquier permiso o licencia de conducción y las que, en relación con las tareas de conducción o con su enseñanza, estén obligadas a ello.

⁶⁶¹ STS de 10/06/2015 (F.D. 5º).

⁶⁶² STS de 28/12/2006 (F.D. 2º).

⁶⁶³ MORENO MÁRQUEZ, A., “Riesgo de enfermedad...”, op. cit., pág. 208.

⁶⁶⁴ STC 196/2004 de 15/11/2004 (F.J. 2º)

puede imponer válidamente los reconocimientos médicos habrá de concluirse que la afectación del derecho a la intimidad no vulnera el art. 18.1 CE y viceversa⁶⁶⁵.

En líneas generales, se han detectado numerosas resoluciones judiciales que deciden si se estima la obligatoriedad del reconocimiento médico en base al cumplimiento de alguna de las tres excepciones que establece la LPRL. Por ello, el criterio para clasificarlas radica en el cumplimiento específico en cada caso concreto.

En primer lugar, la obligatoriedad está justificada en pronunciamientos judiciales como, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 12/09/2016, en la que se trata de determinar la obligatoriedad de dos grupos de trabajadores: el personal conductor y el personal de mantenimiento con trabajo en altura⁶⁶⁶. Entiende el tribunal que sí es obligatorio el reconocimiento médico, puesto que, para los conductores, no puede negarse que su actividad genera riesgos específicos para el propio conductor, las personas a las que transporta, los demás conductores y los peatones⁶⁶⁷. Similar argumento se emplea para los trabajadores de mantenimiento con trabajo en altura, puesto que es evidente el riesgo al que se exponen, caídas a diferente nivel. Las consecuencias para la salud del trabajador y del resto de empleados podrían ser extremadamente dañinas. Esta sentencia fue confirmada por la STS de 21/01/2019, en la que se tomaba como argumento la doctrina constitucional (STC 196/2004) y los razonamientos de las SSTS de 10/06/2015 y 07/03/2018⁶⁶⁸. En la misma, se admite el “encaje constitucional de los reconocimientos médicos obligatorios que están vinculados a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o en sectores es lo que es necesaria esa protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”. Por tanto, se prima el derecho a

⁶⁶⁵ STS de 10/06/2015 (F.D. 4º). Confirma la sentencia recurrida en virtud del recurso de casación interpuesto contra la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18/02/2014. En el mismo sentido, se manifestaba la STS de 28/12/2006.

⁶⁶⁶ STSJ de Madrid de 12/09/2016, confirmada por la STS de 21/01/2019.

⁶⁶⁷ Sobre el colectivo de conductores profesionales de vehículos, se han detectado algunos fallos judiciales, como la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24/01/2013, que determinaba que los reconocimientos médicos obligatorios a los conductores de autobuses públicos violan su derecho a la intimidad personal, puesto que consideraba que no se cumplía la regla de la proporcionalidad entre la medida propuesta y el riesgo, como así exige el art. 22 LPRL. Asimismo, concluía que “la conducción de vehículos de transporte colectivo urbano no es una actividad de riesgo añadido sobre el riesgo ordinario de las personas implicadas en el tráfico y la conducción de vehículos, actividad debidamente reglamentada por el legislador”. Sin embargo, encontramos otros pronunciamientos judiciales que son contrarios a esta tesis, como la propia STSJ de Madrid de 12/09/2016 o la STSJ del mismo tribunal de 04/02/2010, en la que se determinaba que, en estos puestos de trabajo, el reconocimiento médico no es caprichoso o carente de fundamento, “sino absolutamente necesario y presupuesto imprescindible para realizar las tareas para las que fue contratado, que no puede olvidarse que eran las de conductor”. Entendemos que esta controversia se ha resuelto por las SSTS de 10/06/2015, 07/03/2018 y 21/01/2019, en las que se determina la obligatoriedad del reconocimiento médico, frente a la protección del derecho a la intimidad.

⁶⁶⁸ Sobre la STS de 21/01/2019, véase comentario de DÍEZ MONGE, D., “Los reconocimientos médicos obligatorios no pueden ser sustituidos por otras revisiones obligatorias”, 2020 (PREVENCIÓN INTEGRAL). Enlace: <https://bit.ly/36UoB3h>. Véase igualmente, comentario de SÁNCHEZ GARCÍA, A., “El Tribunal Supremo confirma su querencia por la obligatoriedad de los exámenes de salud, ahora para conducción con pasajeros y trabajos de mantenimiento en altura” (PREVENCIÓN). Enlace: <https://bit.ly/34MVcp6>.

unas condiciones de salud y seguridad en el medio laboral que permitan garantizar un trabajo sin riesgos, frente al derecho a la intimidad, que deberá sacrificarse cuando la negativa a realizarse un reconocimiento médico, colisione con otros derechos básicos. Esta sentencia viene a reforzar los argumentos y razonamientos que otras resoluciones judiciales han fallado con anterioridad, siendo esencial y extrapolable para todo el sector del transporte público por carretera, ya que sus consideraciones respecto de los conductores, son de aplicación a los conductores profesionales de las empresas del sector⁶⁶⁹.

En definitiva, los pronunciamientos judiciales en este sentido, ponen de manifiesto que para que operen las excepciones legales, –además de cumplir los requerimientos del art. 22 LPRL– los trabajadores o terceras personas deben estar expuestas a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, determinando que existen empresas y sectores de actividad que presentan de manera inequívoca estos riesgos y que por tanto tendrán trabajadores especialmente afectados por los mismos.

En segundo lugar, la obligatoriedad no está justificada en sentencias como la STSJ de Madrid de 18/01/2016, que determina que la empresa no acredita que el trabajador –auxiliar de jardinería– debiera someterse al reconocimiento médico de manera obligatoria, por lo que primaba la regla general de voluntariedad en la práctica del reconocimiento médico y por ello, el trabajador no incurrió en la falta de desobediencia que se le imputaba. Idéntico argumento establece la STSJ de Castilla y León de 14/07/2010, en la que se determina que el empresario no prueba que el puesto de trabajo de Titular de Grado Medio –de una empresa dedicada a la distribución de gasóleo a domicilio– lleve aparejado un riesgo que exija por razones de seguridad una evaluación de su estado de salud, considerando el despido disciplinario de la trabajadora por negarse a realizar el control médico, como una medida excesiva y desproporcionada. La STSJ de Madrid de 12/09/2016 –ya comentada anteriormente– establece que el empresario no pudo demostrar la imprescindibilidad del reconocimiento médico del *personal de taller con posible exposición a ruido y/o vibraciones y productos químicos cancerígenos*, en base a que no se dieron datos concretos sobre las circunstancias precisas del desarrollo del trabajo de taller en la entidad demandada, no pudiendo apreciarse la notoriedad como en los otros colectivos laborales (personal conductor y personal de mantenimiento con trabajo en altura), y en consecuencia no fue posible admitir la obligatoriedad de los reconocimientos médicos. Mismo argumento es el que se defiende en la STSJ de Madrid de 18/11/2011, en la que se falla que se trata de una imposición ilícita la sanción de suspensión de empleo y sueldo a un vigilante de transporte, ante la negativa de éste a someterse a un reconocimiento médico después de haber sufrido un

⁶⁶⁹ CASCALES MORENO, F.J., “Obligatoriedad de sometimiento de los conductores profesionales a los reconocimientos médicos de empresa. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 21 de enero de 2019”, Diario La Ley de 16 de septiembre de 2019, Wolters Kluwer, 2019.

proceso de incapacidad temporal. El tribunal determinó que no resultó probado por parte de la empresa el concurso de los condicionantes legales para la imposición del reconocimiento médico.

Por último, las consecuencias de la negativa del trabajador a someterse a un reconocimiento médico obligatorio suponen un incumplimiento grave y culpable de las órdenes empresariales, que puede originar en despido del trabajador⁶⁷⁰. Así, nos encontramos ante un supuesto en el que un trabajador rehusó hasta en seis ocasiones asistir a la cita médica incluso aceptando el dinero entregado por la empresa para el desplazamiento. Estamos en un caso de evidente conducta obstativa por parte del trabajador ante un incumplimiento de una orden empresarial, que no es arbitraria y está justificada legalmente; igual que tampoco es lesiva para el derecho fundamental a la intimidad del operario. La empresa debe destinar al trabajador a un puesto adecuado a sus aptitudes físicas y debe encomendarle tareas que no supongan un riesgo para sí o para terceros. En este caso, el tribunal declaró la procedencia del despido⁶⁷¹. Muy similar es otro caso, en el que el trabajador solicitó el cambio de fecha del reconocimiento hasta en cinco ocasiones, no acudiendo a ninguna de las citas planificadas (incluso en las dos últimas, fue el propio trabajador el que decidió la fecha y hora). Ante esa falta de obediencia e indisciplina reiterada, el tribunal considera su actitud totalmente injustificada, fallando a favor de la empresa y declarando el despido como procedente⁶⁷².

En muchas ocasiones, la negativa del trabajador a someterse a un reconocimiento médico, está motivada por el temor a perder su puesto por falta de aptitud. Sin embargo, debería ser consciente que la norma preventiva incluye una tutela especial basada en la adaptación del puesto al trabajador y no a la inversa, estableciendo mecanismos de acción que protegen particularidades personales basadas en la especial sensibilidad de los mismos⁶⁷³.

2.5.3.2. La posición de las normas colectivas

La última cuestión que debemos poner en valor se refiere al papel que juega la negociación colectiva en la voluntariedad u obligatoriedad de la vigilancia de la salud: *¿qué sucede cuando un convenio colectivo regula el carácter obligatorio del reconocimiento médico bajo determinadas premisas?* Veamos un análisis somero del estado de la cuestión.

⁶⁷⁰ INDA ERREA, M., “Despido procedente de un trabajador por negarse al reconocimiento médico”, Aranzadi Doctrinal, núm. 2, 2013, pág. 1

⁶⁷¹ STSJ de Extremadura de 05/02/2013, firme tras el Auto del TS de 03/04/2014.

⁶⁷² STSJ de Galicia de 17/10/2019.

⁶⁷³ Arts. 15 y 25 LPRL. Opinión compartida por CARRIZOSA PRIETO, E., “Obligatoriedad...”, op. cit., pág. 243.

Las normas convencionales pueden establecer límites que reforzarían el argumento de la obligatoriedad del reconocimiento médico en determinadas situaciones de riesgo, siempre bajo determinadas premisas. Para el establecimiento de estos límites, la doctrina del TC pone en claro que la negociación colectiva no puede introducir en “la regulación de los reconocimientos médicos, (...) elementos incompatibles con la protección que otorga el art. 18.1 CE (...). En concreto, no puede configurar como obligatorios reconocimientos que no lo son *ex lege*, ni siquiera dotarles de una caracterización contraria a las directrices de la Ley, pues así se impone a tenor de la función de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales (art. 2.2 LPRL), ya que las disposiciones de carácter laboral contenidas en la LPRL y en sus normas reglamentarias tienen en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, reservándose a los convenios colectivos únicamente la función de mejora y desarrollo”⁶⁷⁴.

A pesar de la posición del TC, eran numerosos los convenios colectivos que regulaban la obligatoriedad basándose en criterios no recogidos expresamente por la norma⁶⁷⁵ ⁶⁷⁶. Actualmente, son menos los casos que encontramos. Así, a modo de ejemplo, el Convenio colectivo de Protección Castellana, S.L., determina que “...cuando se aprecien comportamientos extraños de carácter psíquico, físico y/o farmacológico de especial intensidad y habitualidad, la empresa, (...), pondrá los medios necesarios para que sea sometido (el trabajador) a reconocimiento médico especial y específico, (...), obligándose a colaborar con el equipo médico facultativo para cuantos reconocimientos, análisis y tratamientos sean necesarios”⁶⁷⁷. Similar argumentación se emplea en el art. 60.4 del II Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, en el que se determina que se reconocerá la obligatoriedad de realizar el reconocimiento médico cuando habiéndose uno previo, “se hubiese detectado algún cambio de condiciones psíquicas o sanitarias que puedan

⁶⁷⁴ STC 196/2004, de 15/11/2004.

⁶⁷⁵ A modo de ejemplo, el art. 35. del III Convenio colectivo de la empresa “Asociación Aldeas Infantiles SOS de España”, «BOE» núm. 58, de 9 de marzo de 2006 (Resolución de 20 de febrero de 2006, de la Dirección General de Trabajo); art. 20 del IV Convenio colectivo de V-2 Complementos Auxiliares, S.A., «BOE» núm. 67, de 18 de marzo de 2008 (Resolución de 5 de febrero de 2008, de la Dirección General de Trabajo).

⁶⁷⁶ MARTÍNEZ FONS, D., “La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004, pág. 415, mantiene la teoría de que dichas cláusulas se situaban en el marco de la derogada Orden de 21 de noviembre de 1959 en la que “la vigilancia de la salud en la empresa se reconocía como parte del sistema público de salud y por tanto como un derecho del trabajador a que se hicieran reconocimientos médicos generales”.

⁶⁷⁷ Resolución de 21 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Protección Castellana, S.L. «BOE» núm. 131, de 30 de mayo de 2014. Idéntico texto contiene el Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el periodo julio 2015-2016 (Resolución de 4 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el periodo julio 2015-2016). «BOE» núm. 224, de 18 de septiembre de 2015.

constituir una amenaza seria y previsible para la salud del trabajador o de sus compañeros de trabajo”⁶⁷⁸.

La jurisprudencia ordinaria apunta que la excepción puede convertirse en norma general cuando la medida no se acuerda en fraude, es decir, cuando es asumida por los representantes de los trabajadores a nivel de convenio colectivo y tenga por objeto vigilar el estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo⁶⁷⁹ ⁶⁸⁰.

En nuestra opinión y siguiendo la doctrina marcada por el TC, la vigilancia de la salud es, como norma general, un derecho del trabajador que podrá ejercerlo de forma voluntaria. Por ello, los convenios colectivos no pueden establecer la obligatoriedad de los reconocimientos de forma genérica, salvo que recojan expresamente supuestos contemplados *ad hoc* en la normativa⁶⁸¹. Si la negociación colectiva opta por establecer la obligatoriedad basándose en supuestos no establecidos en la normativa, estas disposiciones podrían considerarse nulas, por vulnerar la intimidad del trabajador⁶⁸². Las normas colectivas nunca pueden empeorar lo dispuesto en las normas legales, en todo caso, podrían detallar o completar los casos en los que normas legales o reglamentarias contemplan reconocimientos obligatorios ⁶⁸³. En resumen, los convenios colectivos no pueden añadir excepciones a la regla general de la voluntariedad más allá de las previstas en las normas legales o reglamentarias⁶⁸⁴. El interés empresarial no puede manifestarse en la negociación colectiva como una intromisión en la esfera íntima de los trabajadores, fuera de estos supuestos previstos legalmente⁶⁸⁵.

⁶⁷⁸ Resolución de 7 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal. «BOE» núm. 145, de 19 de junio de 2017.

⁶⁷⁹ STS 28/12/2006 (F.D. 2º).

⁶⁸⁰ En este sentido, véase NAVARRO NIETO, F., “Los reconocimientos médicos...”, op. cit., págs. 151-166.

⁶⁸¹ Opinión compartida por NAVARRO NIETO, F., “Los reconocimientos médicos...”, op. cit., págs. 151-166.

⁶⁸² Opinión compartida por TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Reconocimientos médicos...”, op. cit., pág. 59. Igualmente TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los reconocimientos médicos: su obligatoriedad y sus consecuencias”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 39, 2007, pág. 22. Idéntica opinión comparte POQUET CATALÁ, R., “Obligaciones de los trabajadores...”, op. cit., págs. 155-176.

⁶⁸³ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La vigilancia...”, op. cit., pág. 193.

⁶⁸⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Vigilancia de la salud...”, op. cit., pág. 292;

⁶⁸⁵ TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Cómo y cuándo se le puede realizar un reconocimiento médico a los trabajadores y qué consecuencias tiene el no superarlo”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2012, págs. 17-61.

2.5.3.3. Conclusiones

En definitiva, los reconocimientos médicos no deben ser un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Sino al contrario, se configura como un derecho del trabajador, que puede ser restringido por las excepciones enunciadas, con los requisitos y límites mencionados⁶⁸⁶. Como decimos, no es absoluto, sino que “puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud. Ese interés público es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral”⁶⁸⁷.

A la vista del contenido y extensión de las excepciones, podemos afirmar que, si no se interpreta minuciosamente la normativa, nos exponemos a que la regla general se transforme en la excepción y las excepciones se conviertan en regla cuasi-general por la amplitud con la que están redactadas⁶⁸⁸. Es decir, “lo que la ley parece presentar como un principio general (el de la necesidad de consentimiento del trabajador para que los reconocimientos se lleven a cabo) queda reducido a mera excepción”⁶⁸⁹, puesto que “la voluntariedad puede ceder a favor de la obligatoriedad prácticamente siempre que se realice una interpretación extensiva del texto legal”⁶⁹⁰. Sin embargo, no hay que olvidar que tanto el principio de voluntariedad en el sometimiento a los reconocimientos médicos de empresa, como el derecho a la intimidad del trabajador, no son derechos absolutos⁶⁹¹. Por ello, se debe valorar si el derecho a la intimidad puede colisionar con otros derechos básicos y fundamentales y si debe ceder ante las excepciones legales. Entendemos que las excepciones deben aplicarse con sentido jurídico y teniendo en cuenta la supremacía del principio de voluntariedad, puesto que lo que está en valor es la garantía de un derecho fundamental; y ello debe concordar con el criterio interpretativo clásico de que las excepciones a la regla general habrán de interpretarse de manera restrictiva⁶⁹². En definitiva, se trata de un juego de

⁶⁸⁶ STC 196/2004 de 15/11/2004 (F.J. 7º).

⁶⁸⁷ STC 196/2004 de 15/11/2004 (F.J. 2º).

⁶⁸⁸ PURCALLA BONILLA, M.A., “Heterotutela y autotutela de la seguridad e higiene en el trabajo, un estudio sobre la deuda de seguridad del empresario”, Universitat Rovira i Virgili, 1998, págs. 374-375. POQUET CATALÁ, R., “Obligaciones de los trabajadores...”, op. cit., págs. 155-176.

⁶⁸⁹ MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J., “Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo”, McGraw Hill, 2000, pág. 90.

⁶⁹⁰ TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Reconocimientos médicos...”, op. cit., pág. 47.

⁶⁹¹ STS de 07/03/2018.

⁶⁹² STS de 10/06/2015 (F.D. 5º). En el mismo sentido, véase SORIANO ARROQUIA, E. M.; MOLINA NAVARRETE, C., “Intimidad, pruebas médicas...”, op. cit., págs. 123-124.

intereses en el que la clave radica en la forma de conjugar el deber empresarial de protección de los trabajadores, con el respeto al derecho a la intimidad del trabajador. Y todo ello, se acentúa en los casos de trabajadores especialmente sensibles, por el riesgo de discriminación laboral y social que se puede presentar en –por ejemplo–, los casos de mujeres embarazadas, discapacitados, enfermos de SIDA o trabajadores mayores⁶⁹³.

Por último, desde un punto de vista técnico preventivo, entendemos que en el plan de PRL de la empresa se debe recoger el carácter obligatorio o voluntario de la vigilancia de la salud y bajo qué condiciones debe aplicarse un criterio u otro. Asimismo, deberá incluirse igualmente las consecuencias de la negativa por parte del trabajador. En sentido amplio, tratar la vigilancia de la salud como un instrumento aislado carece de sentido y de eficacia, puesto que para que se garantice su adecuado cumplimiento, debe quedar integrada en el plan de prevención⁶⁹⁴.

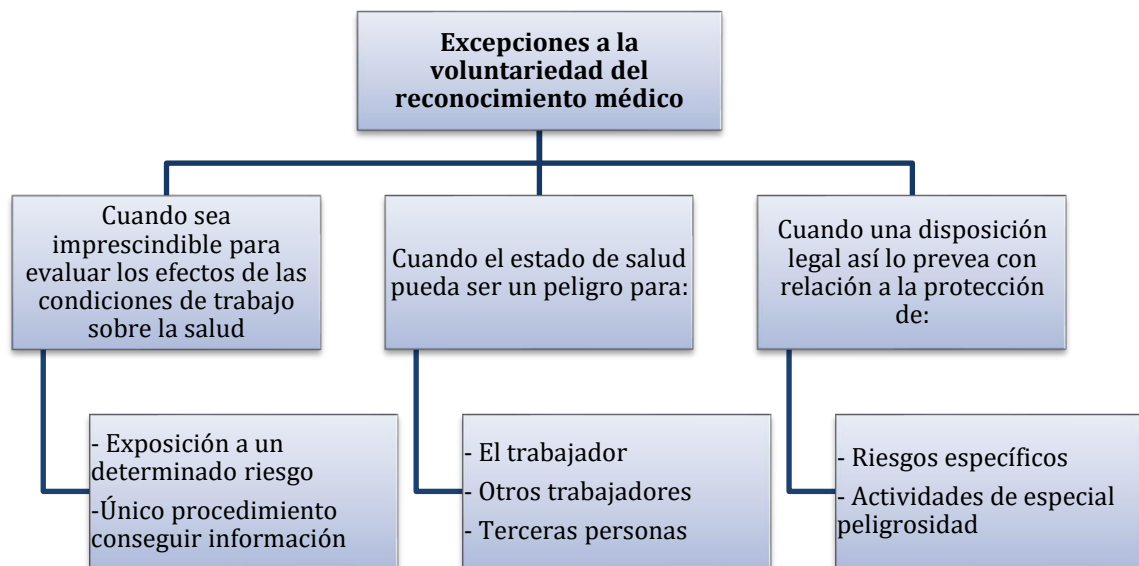


FIGURA 2.6. Esquema general de las excepciones a la voluntariedad del reconocimiento médico específico.

2.5.4. El deber empresarial de garantizar la vigilancia periódica de la salud de la mujer embarazada

Como es sabido, los TES presentan unas características personales de tipo físico, mental o sensorial que los hacen especialmente vulnerables a los factores de riesgo laboral o cuyos riesgos propios pueden verse agravados por el desempeño de su

⁶⁹³ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 61.

⁶⁹⁴ Criterio que defiende SOLÉ GÓMEZ, M.D., et al, “Nota Técnica de Prevención (NTP) 959...”, op. cit., págs. 2 y 4.

trabajo. La vigilancia de la salud de estos trabajadores en general y de las mujeres trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o lactancia natural en particular, persigue dos objetivos genéricos: 1) como elemento identificador de la trabajadora especialmente sensible; y 2) como instrumento preventivo para el estudio de la compatibilidad del puesto de trabajo con las características personales de la misma.

A nivel de trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o lactancia natural, la vigilancia de la salud persigue los siguientes objetivos específicos: 1) identificación de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o en periodo de lactancia.; 2) propuesta y colaboración en la realización de las evaluaciones de riesgos adicional y periódicos; 3) seguimiento de dichas trabajadoras en las diferentes fases de su maternidad para comprobar la compatibilidad del puesto de trabajo con su estado y el mantenimiento de una buena salud; 4) propuesta de las medidas preventivas o de protección especial ajustadas al caso individual; 5) preparación de la vuelta al trabajo después del permiso por maternidad; 6) análisis de los efectos adversos relacionados con el embarazo, el postparto y la lactancia materna que se producen en las trabajadoras de la empresa y de su posible relación con los factores de riesgo de origen laboral; y 7) valoración de la compatibilidad del puesto de trabajo con el estado biológico de la trabajadora⁶⁹⁵ ⁶⁹⁶. De todos ellos, destacamos que la evaluación de riesgos adicional es una herramienta esencial e indispensable para la adaptación del trabajo a la mujer, de acuerdo a uno de los principios fundamentales de la acción preventiva⁶⁹⁷. Así, la efectiva realización del reconocimiento médico de la trabajadora en estado biológico conocido y los resultados del mismo, serán determinantes para evaluar su puesto de trabajo y concluir si es necesaria una tutela reforzada. Documentos técnicos del INSSST, ponen de manifiesto que es conveniente que el empresario disponga de un “listado de condiciones o características individuales que pueden suponer una especial sensibilidad para todos y cada uno de los riesgos detectados en la evaluación de riesgos de la empresa”⁶⁹⁸.

En cuanto al desarrollo de la vigilancia de la salud, el art. 37.3 RSP determina que “el personal sanitario del servicio de prevención estudiará y valorará, especialmente, los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a los menores y a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, y propondrá las medidas preventivas adecuadas”⁶⁹⁹. Las

⁶⁹⁵ Objetivos que contempla SOLÉ GÓMEZ, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 915:...”, op. cit. pág. 1.

⁶⁹⁶ Igualmente, SOLÉ GÓMEZ, M.D., et al, “Nota Técnica de Prevención (NTP) 959...”, op. cit., pág. 5, considera la vigilancia de la salud como un instrumento para considerar singularmente al trabajador y detectar aquellas características personales o estado biológico conocido que les haga especialmente susceptibles a los factores de riesgo existentes en su puesto de trabajo futuro o actual.

⁶⁹⁷ Art. 15.1.d LPRL.

⁶⁹⁸ SOLÉ GÓMEZ, M.D., et al, “Nota Técnica de Prevención (NTP) 959...”, op. cit., pág. 5.

⁶⁹⁹ Véase COS EGEA, M., “Los trabajadores especialmente sensibles...”, op. cit.

características y el contenido de esta vigilancia de la salud deben seguir las que establece el art. 22 LPRL y el art. 37.3 RSP, con las particularidades que se deban tener en cuenta en cada caso. Así, presenta las siguientes particularidades:

1. **Conocimiento de la situación objeto de protección:** es fundamental que el empresario conozca a la mayor brevedad posible la situación biológica en la que se encuentre la mujer trabajadora, ya sea embarazo, parto reciente o lactancia natural. Hasta que no se produzca ese hecho, el empresario no podrá realizar la vigilancia de la salud teniendo en cuenta el estado biológico concreto en el que se encuentre la trabajadora. En este sentido, la iniciativa debe llevarla la mujer, con independencia de la posible existencia de un procedimiento interno incorporado al sistema de gestión de la prevención que prevea una forma concreta de comunicación⁷⁰⁰.
2. **Contenido y pruebas específicas ante la especial sensibilidad:** deberán estar acorde con los riesgos a los que se encuentre expuesta la trabajadora, aplicándose los protocolos específicos en función de las tareas que tenga asignadas y realice fehacientemente⁷⁰¹. Asimismo, pueden producirse factores individuales relacionados directamente con la propia gestación o la lactancia que podrían suponer una mayor susceptibilidad a un factor de riesgo laboral determinado. Esta relación se produciría, por ejemplo, entre los embarazos múltiples y la nocturnidad; la anemia y la carga de trabajo; el tabaquismo y el riesgo de un parto pretérmino; el bajo peso materno y un crecimiento fetal deficiente; etc.⁷⁰². Por ello, se debería establecer una intensificación de la vigilancia de la salud dirigida a tratar esta especial sensibilidad.
3. **Periodicidad:** vendrá determinada por el tipo de riesgos, las condiciones de trabajo o las circunstancias personales del trabajador (por ejemplo, la edad)⁷⁰³. Así, al igual que el resto de reconocimientos médicos, deben seguirse las pautas marcadas por la normativa básica, en la que se establece una vigilancia de la salud: 1) inicial, después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud; 2) después de la incorporación de trabajadores tras una ausencia prolongada por motivos de salud; y 3) a intervalos periódicos. En el caso de mujeres embarazadas, podrá realizarse un primer reconocimiento médico en el momento que el empresario conozca el estado biológico de la trabajadora, sucesivos reconocimientos durante

⁷⁰⁰ Sobre la necesaria comunicación de la situación de embarazo al empresario, nos remitimos al epígrafe 2.6 de este *Capítulo*.

⁷⁰¹ En el epígrafe “2.5.4.2 Aplicación de los protocolos de vigilancia sanitaria específica a las trabajadoras embarazadas o lactantes” de este *Capítulo*, se concreta con más detalle el contenido de esta vigilancia sanitaria.

⁷⁰² SOLÉ GÓMEZ, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 915:...” , op. cit., pág. 3.

⁷⁰³ NAVARRO NIETO, F., “Los reconocimientos médicos...” , op. cit., págs. 151-166.

períodos concretos de tiempo o bien reconocimientos circunstanciales por la aparición de algún daño específico⁷⁰⁴.

- 4. Colaboración y comunicación entre facultativos:** basado en un protocolo de comunicación entre el médico del trabajo y el médico que supervisa el embarazo de la trabajadora. Desde el punto de vista preventivo, una estrecha colaboración entre ambos facultativos sería muy positivo para poder afrontar posibles contingencias de forma temprana, como así ponen de manifiesto documentos técnicos del INSST⁷⁰⁵. Así, cuando la trabajadora embarazada o en situación de lactancia, sufra alteraciones o complicaciones en su estado de salud que pudieran estar relacionadas o ser agravadas por las condiciones de trabajo, ambos médicos tendrían conocimiento de las mismas, pudiendo actuar de forma coordinada para prevenir posibles situaciones de riesgo. De esta forma, se podría detectar en fase temprana cualquier alteración que pudiera estar relacionada con las condiciones de trabajo y actuar en consecuencia; y permitiría ajustar las condiciones laborales a la situación específica de la trabajadora al objeto de establecer un desempeño óptimo del mismo y conseguir el máximo bienestar y salud para la trabajadora y el feto o el recién nacido en su caso.

En principio, la colaboración debería comenzar con el informe del médico del trabajo sobre las condiciones en que la trabajadora desempeña sus tareas, tomando como base la evaluación de riesgos realizada por el área técnica del servicio de prevención. Las comunicaciones sucesivas se realizarían por ambas partes, pudiendo estar justificadas por la aparición de síntomas, alteraciones o complicaciones que pudieran estar relacionadas o ser agravadas por las condiciones de trabajo⁷⁰⁶. Se trata de lograr una efectiva colaboración entre facultativos en favor de la trabajadora, mediante un intercambio real de información, que puede ser de gran interés. Por lo que, estaríamos ante la manera ideal de proteger la maternidad desde el ámbito de la salud laboral⁷⁰⁷.

En cualquier caso, conviene aclarar dos aspectos importantes: 1) siempre deberá tener el consentimiento de la trabajadora, que podrá actuar de intermediaria entre ambos facultativos; y 2) el médico del trabajo no es el responsable de la supervisión del embarazo, postparto o lactancia de la trabajadora.

⁷⁰⁴ En el epígrafe “2.5.4.2 Aplicación de los protocolos de vigilancia sanitaria específica a las trabajadoras embarazadas o lactantes” de este *Capítulo*, se concreta con más detalle la periodicidad de los reconocimientos médicos de las trabajadoras embarazadas.

⁷⁰⁵ Opinión que comparte GÓMEZ ARBÓS, J., “Alcance y responsabilidades de la vigilancia de la salud en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 453, 2020, pág. 95.

⁷⁰⁶ SOLÉ GÓMEZ, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 915:...”, op. cit., pág. 4.

⁷⁰⁷ BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. II. Protocolo de revisión médico-laboral de la trabajadora embarazada”, *Mapfre Medicina*, 2004, vol. 15, núm. 2, pág. 106.

5. Confidencialidad: siguen los mismos criterios que para el resto de reconocimientos médicos, teniendo en cuenta que el médico del trabajo tras conocer la situación biológica concreta, no podrá comunicarlo al empresario salvo que, por sus condiciones laborales, se declare especialmente sensible a determinados factores de riesgo. En este caso, los profesionales sanitarios pueden comunicar al empresario el resultado de la valoración médica en términos de aptitud y medidas preventivas, sin revelar datos médicos personales.

2.5.4.1. El reconocimiento médico obligatorio para las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o en periodo de lactancia natural

Una vez configurados los criterios de excepcionalidad que establece la norma para la determinación de la obligatoriedad del reconocimiento médico, nos centramos en su aplicación para las trabajadoras que se encuentren en las situaciones biológicas objeto de estudio. Para ello, debemos plantearnos la siguiente cuestión: *¿las excepciones son igualmente aplicables a todos los trabajadores en general?* Entraríamos a analizar su aplicabilidad a los TES y más concretamente a las mujeres trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o en periodo de lactancia natural. En estas situaciones, la mujer puede presentar determinadas condiciones personales que podrían activar factores de riesgo, que no serían aplicables al resto de empleados de acuerdo a la evaluación de riesgos laborales genérica del puesto de trabajo. El empresario debe conocer las posibles sensibilidades o particularidades personales de toda la plantilla, pues sería determinante para mitigar los efectos perversos de los riesgos a los que se encuentran expuestos. Sin embargo, la especial protección que deben recibir estos colectivos, no es óbice para una constante vigilancia de la salud, que puede tener una finalidad más discriminatoria que preventiva⁷⁰⁸.

Sobre esta cuestión, planteamos que el empresario puede exigir –bajo determinadas condiciones de trabajo, como la especial gravedad de los riesgos presentes– que la trabajadora se realice un reconocimiento médico específico que determine si las actividades del puesto de trabajo son compatibles con el estado biológico de la misma. Esta exigencia encuentra su encaje dentro del art. 22.1 LPRL, en la primera de las excepciones mencionadas, puesto que entendemos que la realización del reconocimiento, es imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de la trabajadora; de otra forma, no podríamos obtener esta información. Así, entendemos que es la vía más directa para poder evaluar los efectos que pueden producir sobre la salud de la trabajadora las condiciones de trabajo de su puesto⁷⁰⁹. En caso contrario, el empresario podría incurrir en un incumplimiento de

⁷⁰⁸ PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., “La vigilancia de la salud...”, op. cit., pág. 109.

⁷⁰⁹ STSJ de Andalucía de 11/02/2015.

los arts. 16.2.a) y 26.1 LPRL por la falta de observancia y cumplimiento de la normativa específica en materia de PRL.

Cuestión diferente es la que se refiere al reconocimiento médico de la trabajadora cuando existan indicios de su embarazo, es decir, si el empresario tuviera alguna información o sospecha del estado biológico de una trabajadora, *¿podría exigirle una prueba médica para determinar si está embarazada?* En principio, tomando como base el art. 25.1 LPRL podría derivarse un deber de la trabajadora el prestarse a realizarlo para determinar si su estado puede constituir un peligro para ella misma o para el feto. Todo ello para dar cumplimiento al art. 14.1 LPRL, que determina el derecho de la trabajadora a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y el correlativo deber empresarial de protección de la misma. En nuestra opinión, sería necesario aplicar el mismo criterio que se establece para determinar la obligatoriedad de comunicar el embarazo al empresario. Las resoluciones judiciales del TJUE estiman que el estado biológico de una trabajadora pertenece al ámbito de la intimidad y que por tanto carece de obligatoriedad ponerlo en conocimiento del empresario y como consecuencia, no sería un deber el que la trabajadora se someta a pruebas para determinar si se encuentra en estado de gestación⁷¹⁰.

En cuanto a los efectos de la negativa de la trabajadora a prestarse al reconocimiento médico, es evidente que no debería comportar consecuencias importantes, puesto que el acto de la mujer no parece que tenga la gravedad suficiente para justificar, por ejemplo, un despido, siendo esta medida, en su caso, excesiva o desproporcionada⁷¹¹.

Con relación a esta obligatoriedad, el estudio de la negociación colectiva, nos ha permitido detectar convenios que determinan que el examen de salud será obligatorio, entre otros, para los trabajadores especialmente sensibles o para las trabajadoras en situación de maternidad (art. 26 LPRL)⁷¹². Otros textos son más genéricos, indicando que “vigilancia de la salud elaborará un protocolo de valoración de los riesgos profesionales a los efectos de la prestación de riesgo durante el embarazo y riesgo en la lactancia”⁷¹³. Más específico es el caso de otro convenio colectivo que establece que “la empresa velará para que la trabajadora embarazada se someta a la revisión

⁷¹⁰ Opinión compartida con NAVARRO NIETO, F., “Los reconocimientos médicos...”, op. cit., págs. 151-166.

⁷¹¹ STSJ de Castilla y León de 14/07/2010 (F.D. 4º).

⁷¹² Entre otros: art. 63 del Convenio Colectivo de Groundforce (Resolución de 6 de febrero de 2018, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 46, de 21 de febrero de 2018); y art. 61 del IV Convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, y su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico) (Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 242, de 7 de octubre de 2017).

⁷¹³ Anexo Único (Plan de Igualdad), contenido en el Convenio colectivo de ISS Facility Services Multiservicios Integrales, SL. (Resolución de 6 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 170, de 15 de julio de 2016). Mismo texto se regulaba en el anterior Convenio colectivo para los trabajadores de servicios auxiliares de ISS Facility Services, SA. (Resolución de 3 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 222, de 12 de septiembre de 2014).

preceptiva para verificar si se encuentra en situación de riesgo durante el embarazo”, por ello, “a partir de la semana que se especifica más adelante, según el grupo profesional o puesto de la trabajadora, se iniciará el procedimiento específico de evaluación de su salud, para que la mutua conjuntamente con el servicio de prevención propio determinen si existe o no riesgo durante el embarazo”. Puestos de tienda: 22 semanas; equipo de dirección: 26 semanas; y administración: 37 semanas⁷¹⁴. Novedoso es el supuesto que contempla otro convenio, en el que fija como un derecho de la trabajadora la cobertura del 100% de los gastos médicos para el “seguimiento del embarazo, incluyendo una ecografía 3D durante el embarazo”⁷¹⁵.

Por último, precisar que no se deben confundir estos reconocimientos médicos con aquellos que se realizan previamente a la contratación que, en principio, no están incluidos en el concepto de vigilancia de la salud que establece la normativa (arts. 22 LPRL y 37.3 RSP)⁷¹⁶. Sin embargo, el legislador no desvincula los mismos de la práctica preventiva, puesto que en determinadas circunstancias si permite la realización de reconocimientos médicos previos a la contratación en base a los riesgos a los que vaya estar expuesto el trabajador en cuestión⁷¹⁷. Todo ello teniendo en cuenta, que la doctrina del TC sí los permite, tomando como referencia algunos protocolos de vigilancia sanitaria específica que así lo exigen, y siempre que éstos no se realicen como forma de control empresarial ni para “verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal”⁷¹⁸.

2.5.4.2. Aplicación de los protocolos de vigilancia sanitaria específica a las trabajadoras embarazadas o lactantes

Los Protocolos de Vigilancia Sanitaria Específica del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, se elaboran para dotar de homogeneidad y coherencia a los objetivos y contenidos de la propia vigilancia de la salud, al objeto de implantar un modelo que sea eficaz para la PRL. Representan guías de actuación dirigidas a los profesionales sanitarios encargados de la vigilancia de la salud de los trabajadores, y son, por fuerza, generales⁷¹⁹. Asimismo, pueden ser un “instrumento de garantía de la legitimidad de los reconocimientos médicos”⁷²⁰.

⁷¹⁴ Art. 37 del Convenio colectivo de Noroto, SAU. (Resolución de 5 de enero de 2016, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 18, de 21 de enero de 2016).

⁷¹⁵ Anexo V Coberturas médicas, del Convenio colectivo del Grupo Colt en España (Resolución de 2 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo. «BOE» núm. 302, de 15 de diciembre de 2014).

⁷¹⁶ SOLÉ GÓMEZ, M.D., et al, “Nota Técnica de Prevención (NTP) 959...”, op. cit., pág. 5.

⁷¹⁷ Véanse arts. 243 y 244 LGSS ya comentados en epígrafes apartados.

⁷¹⁸ SSTC 196/2004 y 13/2005.

⁷¹⁹ AA.VV., “Libro Blanco de la Vigilancia...”, op. cit., pág. 23.

⁷²⁰ NAVARRO NIETO, F., “Los reconocimientos médicos...”, op. cit., págs. 151-166.

Estos protocolos no establecen demasiadas medidas en materia de TES de manera genérica, sino que se refieren sobre todo a la protección en un ámbito específico⁷²¹. Para la efectiva realización de la vigilancia sanitaria de las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o lactancia natural, deben aplicarse los mismos protocolos de vigilancia sanitaria específica que para el resto de la población trabajadora. Es decir, no hay protocolos específicos que se apliquen en los reconocimientos médicos de las trabajadoras que se encuentren en estas situaciones biológicas. En este sentido, en nuestra opinión y siguiendo la valoración de varios autores, sería interesante la elaboración de un protocolo de vigilancia sanitaria específica dirigido a trabajadores especialmente sensibles de forma genérica, aunque en cada caso particular se tuvieran en cuenta los trabajos concretos y efectivos que realmente se realizan⁷²².

Centrándonos en los protocolos existentes, hay determinados que contienen criterios de actuación en los supuestos de mujeres en edad fértil, embarazadas, en parto reciente o en situación de lactancia natural. En la Tabla 2.12 se relacionan los protocolos que recogen estos tipos de medidas y la actuación concreta que deberá realizar el médico del trabajo en función de los riesgos a los que se encuentre expuesta la trabajadora⁷²³.

TABLA 2.12. Protocolos de vigilancia sanitaria específica. Criterios de actuación relacionados con la maternidad.

PROTOCOLO	CRITERIOS DE ACTUACIÓN
Agentes anestésicos inhalatorios	En el control biológico y estudios complementarios específicos, las determinaciones enzimáticas en trabajadores susceptibles de presentar una deficiencia de vitamina B12 o ácido fólico, como trabajadores que presenten síntomas neurológicos o anemia y especialmente si son mujeres en edad fértil, se valorará la conveniencia de determinar los niveles séricos de vitamina B12 y ácido fólico.

⁷²¹ TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los reconocimientos...”, op. cit., pág. 31.

⁷²² Por todos, MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 70.

⁷²³ Véase estudio que realiza TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los reconocimientos...”, op. cit., págs. 31-35. Concretamente analiza los protocolos de agentes biológicos, óxido de etileno, plomo, agentes citostáticos, plaguicidas, dermatosis laborales, ruido, alveolitis alérgica extrínseca y agentes anestésicos inhalatorios.

PROTOCOLO	CRITERIOS DE ACTUACIÓN
Agentes biológicos	<p><u>Trabajadoras que están o podrían estar embarazadas.</u> En general se acepta que una trabajadora sanitaria embarazada que realiza adecuadamente las recomendaciones para la prevención de infecciones, y las precauciones universales tiene el mismo riesgo que una profesora de preescolar o un centro de acogida diurna. Los gérmenes que suponen un mayor peligro para la embarazada son el Citomegalovirus, Rubeola, Sarampión, Paperas, Varicela-zóster, TBC, Gripe, Hepatitis E, Parvovirus B19.</p> <p><u>Brucelosis:</u> se asume que la mujer embarazada con brucelosis aguda corre cierto riesgo, aunque bajo, de sufrir un aborto. No está claro que ocurra más frecuentemente que en otras infecciones bacterianas.</p> <p><u>Vacunas y embarazo</u>⁷²⁴:</p> <p>A. <u>Vacunas sin apenas peligro en el embarazo:</u> gripe, polio tipo salk, cólera, hepatitis B y tétanos.</p> <p>B. <u>Vacunas con prescripción excepcional en el embarazo:</u> meningococo (A+C), difteria, BCG, tos ferina y rabia.</p> <p>C. <u>Vacunas contraindicadas en el embarazo:</u> polio oral (Sabin), rubéola, varicela y fiebre amarilla</p>
Agentes citostáticos	<p>La historia clínica debe recoger la historia de embarazos, abortos, alteraciones fetales y malformaciones congénitas en los hijos. Asimismo, debe contemplar si tiene prevista la planificación de un embarazo a corto plazo.</p> <p>Sobre los riesgos potenciales para la salud, incluidos los riesgos adicionales debidos al consumo de tabaco y a los posibles efectos sobre el feto, se debe hacer hincapié en la importancia de una notificación inmediata ante cualquier sospecha de embarazo en una trabajadora en situación de embarazo.</p> <p>Entre los criterios de valoración, se considera:</p> <p><u>No apto permanente:</u> mujeres con historia de abortos en edad fértil y con voluntad de reproducción.</p> <p><u>No apto temporal:</u> las embarazadas y madres lactantes y cualquier persona que presente otra condición de susceptibilidad particular de carácter temporal.</p>
Agrario	<p>Dedica un apartado a la vigilancia de la salud durante el embarazo y la lactancia, en el que se resumen las principales medidas que deben adoptarse como norma general, sin especificar actuaciones propias del sector agrario.</p> <p>Recoge los riesgos más frecuentes para el embarazo y lactancia que se pueden encontrar en el sector agrario: ruido, vibraciones, temperaturas extremas, productos químicos, manejo repetitivo de pesos, arrastre y empuje de cargas, posturas forzadas y riesgos biológicos.</p>

⁷²⁴ “La decisión de vacunar a una embarazada debe valorarse individualmente en cada caso, ya que depende de la probabilidad de contraer la enfermedad, del riesgo que suponga para la madre o para el feto y de los efectos perjudiciales que pueda tener sobre ellos. Durante el período de lactancia se puede administrar cualquier tipo de vacuna tanto a la madre como al niño. Las vacunas que contienen gérmenes vivos atenuados no deben administrarse a las embarazadas y deben evitarse durante los tres meses previos a la concepción, en consecuencia, es preferible la administración de vacunas a partir del segundo trimestre de embarazo”. (BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión ...”, op. cit., pág. 36).

PROTOCOLO	CRITERIOS DE ACTUACIÓN
Manipulación manual de cargas	El embarazo puede constituir un condicionante individual, que puede a su vez influir en la aparición de la patología relacionada con la manipulación manual de cargas.
Movimientos repetidos	Entre los factores que intervienen en la aparición de las lesiones musculoesqueléticas se encuentran los factores predisponentes en mujeres en época menstrual y embarazo.
Óxido de etileno	Se considerará personal susceptible de un no apto temporal a las trabajadoras embarazadas, las de edad fértil con intención de procrear y las que se hallen en periodo de lactancia. La acción posterior será realizar un estudio de embarazadas: partiendo de la evaluación inicial del riesgo, se identificarán los puestos con riesgo para la reproducción. Una vez se notifique voluntariamente la situación de embarazo, se realizará una evaluación adicional de las condiciones de trabajo de esa trabajadora, en el caso de presentar riesgo para el embarazo se deberá realizar un cambio de puesto de trabajo, según el art. 26 LPRL. En caso de que dicho cambio de puesto por otro compatible con ese estado, no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, se debería de considerar la posibilidad de situación protegida de riesgo durante el embarazo.
Pantallas de visualización de datos	No hay evidencias de la existencia de vínculos entre efectos adversos en el embarazo y el uso de pantallas de visualización de datos. Entre los factores que influyen en la aparición de alteraciones en el embarazo, se encuentra la carga física postural y la carga mental excesiva (estrés).
Plaguicidas	Se evitará que las mujeres embarazadas manejen plaguicidas.
Plomo	En los supuestos de trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia expuestas, el criterio preventivo general, será el cambio de puesto de trabajo (alejamiento de la exposición). Si no se puede trasladar a un puesto de no exposición al plomo, se contemplará la incapacidad temporal. <u>Educación sanitaria:</u> a todos los trabajadores expuestos al plomo se les facilitará información detallada y suficiente sobre riesgos para la salud, incluyendo los riesgos potenciales para el feto y para el lactante.
Radiaciones ionizantes	<u>Embarazo:</u> la dosis equivalente al feto debe ser tan baja como sea posible, de forma que sea improbable que dicha dosis exceda de 1 mSv desde la comunicación del embarazo hasta el final del mismo. <u>Lactancia:</u> no se le asignarán trabajos que supongan un riesgo de contaminación radiactiva. Deberá asegurarse una vigilancia adecuada de la posible contaminación radiactiva en su organismo.

2.5.4.3. Contenido específico de la vigilancia de la salud en la maternidad: propuesta de historia clínica laboral

Independientemente de los protocolos sanitarios que se apliquen a la trabajadora, en función de los riesgos a los que se encuentre expuesta, el médico del trabajo deberá tener en cuenta otros factores para poder evaluar el impacto de las

condiciones de trabajo en las situaciones de embarazo, postparto y lactancia. Se trata de que se analicen los factores de riesgo específicos, que se recogen en la evaluación inicial de riesgos y que pueden ser perjudiciales para las situaciones relacionadas con la maternidad. De esta forma, se podrán detectar de forma temprana los efectos sobre la salud reproductiva, proponiéndose medidas preventivas, tras el análisis de casos y el análisis epidemiológico de los datos.

Antes de determinar las características específicas, debemos hacernos las siguientes preguntas: *con la efectiva vigilancia de la salud, ¿a quién o quiénes hay que vigilar?* y *¿qué efectos sobre la salud de la trabajadora se deben vigilar?* En este sentido, la respuesta a la primera pregunta es clara; por un lado, el objeto de vigilancia debe ser tanto la trabajadora embarazada, en parto reciente o en lactancia natural y por otro, el feto o, en su defecto, el hijo lactante. Igualmente, habrá que tener en cuenta a las mujeres trabajadoras en edad fértil que no se encuentren en estas situaciones, sino que determinadas condiciones laborales pueden ser perjudiciales en cuanto a infertilidades, alteraciones del deseo sexual, disminución de la libido, impotencia o alteraciones menstruales, etc.⁷²⁵. En cuanto a la segunda pregunta, documentos técnicos del INSSST recomiendan el estudio de ciertas variables para evaluar el impacto de las condiciones de trabajo sobre el embarazo, postparto y lactancia natural. Así, con relación a la mujer, se deberá realizar una vigilancia especial sobre: tensión arterial, dolores musculares, alteraciones emocionales, fatiga, caídas o incidentes, duración del embarazo, complicaciones durante el parto, trabajadoras lactantes, duración de la lactancia y penosidad del trabajo. Con relación al feto o hijo lactante, deberán vigilarse las condiciones laborales que puedan ocasionar: aborto espontáneo, muerte fetal o neonatal, crecimiento fetal, defectos congénitos, bajo peso al nacer, alteraciones funcionales, alteraciones del comportamiento, cáncer infantil e intoxicación⁷²⁶.

Para el control de estos efectos sobre la salud, el médico del trabajo debe conocer a la perfección las directrices a adoptar ante la aparición de determinados síntomas, signos y patologías durante el embarazo. Así, a modo de ejemplo, ante la aparición de mareos matutinos muy intensos, se recomienda la reducción de horas de trabajo; o en casos de anemia, se deberá disminuir la carga física; o en los supuestos de embarazos múltiples, disminuir la carga física o reducción horas de trabajo, dependiendo de la necesidad, además se deberá prestar especial atención si son tres o más fetos⁷²⁷.

⁷²⁵ SOLÉ GÓMEZ, M.D., "Nota Técnica de Prevención (NTP) 915:...", op. cit., pág. 4.

⁷²⁶ SOLÉ GÓMEZ, M.D., "Nota Técnica de Prevención (NTP) 915:...", op. cit., pág. 4.

⁷²⁷ BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, "Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. II. Protocolo...", op. cit., págs. 106. Es interesante conocer las acciones posibles recomendadas que debe adoptar el médico del trabajo ante síntomas, signos y patologías durante el embarazo que se recogen en la Tabla II.

Con relación a las características específicas de la vigilancia de la salud, el punto central sobre el que giran todos los aspectos relacionados con el bienestar de la trabajadora, se encuentra en los reconocimientos médicos, y más concretamente en las visitas que efectúa la trabajadora al médico del trabajo. Así, habrá de incidir en la periodicidad, contenido y análisis de las visitas médicas⁷²⁸.

- 1. Periodicidad:** vendrá determinada por la que establezca el médico del trabajo en función de la evaluación de riesgos y de las características personales de la trabajadora. En cualquier caso, se recomienda al menos realizar las siguientes visitas médicas: 1) Inicial, que tendrá lugar en el momento en el que la trabajadora comunique su estado biológico al empresario. En este primer reconocimiento, se trasladará a la trabajadora toda la información relativa a las condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su estado biológico concreto. Se le informa de la realización de la evaluación adicional de riesgos y de las propuestas de medidas preventivas. Se evalúan igualmente sus necesidades personales; 2) Sucesivas, el INSST recomienda que, durante el embarazo, se podrían pautar dos visitas médicas posteriores a la primera visita, que serían al final del primer cuatrimestre y otra en el tercer trimestre. Asimismo, durante la lactancia materna, es aconsejable realizar la segunda visita al mes de reincorporarse. El objetivo que se persigue con estas visitas, no es otro que detectar de forma temprana cualquier daño para la salud de la trabajadora, la de su feto o su hijo lactante, que pudiera tener un origen laboral o que pudiera agravarse por las condiciones de trabajo; y 3) Circunstanciales, que recomienda el INSST se produzcan cuando: aparezca un daño para la salud de la trabajadora, o de su hijo lactante; se produzca un cambio de puesto de trabajo; se origine una ausencia por enfermedad superior a siete días o ausencias cortas pero repetidas; lo solicite la trabajadora; e inmediatamente después de su reincorporación.
- 2. Contenido:** vendrá determinado por el tipo de visita que esté realizando la trabajadora de acuerdo al apartado anterior. Así, en los reconocimientos iniciales, se deberá realizar o actualizar la historia clínica (incluida la ginecológica y obstétrica) y laboral de la trabajadora, a través de un modelo previamente definido, que recoja los principales datos personales de la trabajadora y factores de riesgo a los que puede estar expuesta. Son escasas las publicaciones que establecen un modelo de historia clínica laboral enfocada hacia la maternidad. Así, a modo de ejemplo, en la Tabla 2.13, se recoge la propuesta publicada en una revista de temática preventiva. De acuerdo a esta propuesta, sería recomendable utilizar un modelo de historia clínica laboral (previamente definido), que permitiría estandarizar y protocolizar la actuación de la vigilancia sanitaria de las trabajadoras en situación de maternidad.

⁷²⁸ Aspectos que recoge de forma expresa SOLÉ GÓMEZ, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 915:...”, op. cit., pág. 2.

TABLA 2.13. Propuesta de historia clínica laboral⁷²⁹.

APARTADO	CONTENIDOS
Primero	Datos de filiación de la trabajadora, así como a otros de carácter biomédico (peso, talla, IMC).
Segundo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Antecedentes médicos personales: gestaciones, partos, y abortos (indicando motivos) anteriores. ▪ Antecedentes familiares: enfermedades importantes de padres y hermanos, enfermedades hereditarias o malformaciones. ▪ Situación médica en el momento de la entrevista: patología actual y riesgos, fármacos, control gestacional y fecha probable del parto. ▪ Recomendaciones obstétricas si las hubiera.
Tercero	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Antecedentes laborales: actividades anteriores, factores de riesgo y cambios de puesto de trabajo. ▪ Situación laboral en la que se encuentra en el momento de la entrevista: puesto de trabajo que ocupa, factores de riesgo existentes en el mismo, tiempo que lleva desempeñándolo, turnicidad, ritmo de pausas, postura fundamental y tipo de producto y de proceso.
Cuarto	Factores de riesgo intrínsecos: embarazo actual, demográficos, antecedentes para la reproducción y posible enfermedad materna previa.
Quinto	Factores de riesgo extrínsecos (ocupacionales): bióticos, químicos, físicos y condiciones de trabajo.

Igualmente, se debe analizar la percepción del riesgo de sufrir algún daño relacionado con las condiciones de trabajo y recabar información acerca del estado de salud de la madre, del feto o del lactante (mediante entrevista con la trabajadora). Las pruebas médicas específicas que deberán realizarse en esta primera visita son: análisis del estado inmunitario, control de la tensión arterial, y exploraciones específicas para descartar especial sensibilidad o confirmar la sospecha de embarazo en el caso de que la comunicación sea de un retraso en la menstruación. En los reconocimientos sucesivos y circunstanciales, lo esencial es detectar las posibles alteraciones que hayan surgido o se hayan visto agravadas por las condiciones de trabajo, así como las nuevas necesidades relacionadas con la evolución de su situación o con los cambios en el desempeño de su trabajo. Las exploraciones en estas visitas serán las que el médico del trabajo estime necesarias para detectar una especial sensibilidad sobrevenida o en razón de la anamnesis previa.

- 3. Análisis:** que debe realizarse ante la sospecha de nuevos factores de riesgo. Así, el servicio de prevención deberá actualizar en todo momento la información disponible sobre los riesgos para la reproducción presentes en la empresa. Los factores de riesgo deberán revisarse ante la aparición de daños para la

⁷²⁹ BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, "Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. II. Protocolo...", op. cit., págs. 107-110.

trabajadora o su hijo, o bien ante la concentración de casos en un departamento/área ya sea de forma simultánea o en el tiempo. Si éstos se producen en un periodo corto de tiempo, será necesario el estudio de los mismos, basados en una descripción y análisis exhaustivos para determinar si son comparables o no en cuanto a tipo de efecto y exposición y si la frecuencia de aparición es superior a la de la población general. Por último, se deben establecer indicadores para evaluar la efectividad de las medidas preventivas implantadas en la empresa.

Por último, en el documento “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”, elaborado por el INSST en 2011 y nombrado reiteradamente en este estudio, contiene en su segunda parte un conjunto de fichas en las que se describen los factores de riesgo, sus consecuencias y las medidas preventivas aplicables a algunos agentes especialmente relevantes para la evaluación de los riesgos para la maternidad en la empresa. Un análisis pormenorizado nos ha permitido detectar cuáles son las medidas de vigilancia de la salud específica que deben adoptarse en función del agente al que esté expuesta la trabajadora. En la Tabla 2.14 se recogen los agentes que contienen aspectos sobresalientes o de especial interés.

TABLA 2.14. Contenidos de la vigilancia de la salud específica por agente expuesto al que se encuentre expuesta la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural⁷³⁰.

AGENTES	CONTENIDO VIGILANCIA DE LA SALUD ESPECÍFICA
AGENTES QUÍMICOS⁷³¹	
Alteradores endocrinos	Se recomienda una estricta vigilancia de la salud para las mujeres que, trabajando en la industria farmacéutica, tienen o pueden tener contacto con los principios activos de los anticonceptivos (o sus formulados).
AGENTES BIOLÓGICOS	
Virus de la rubeola	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Las mujeres en edad fértil o que estén embarazadas, deben ser apartados de las zonas de riesgo hasta que completen su vacunación o se confirme su estado inmunitario. ▪ Se trata de una enfermedad de declaración obligatoria. ▪ Enfermedad profesional 3A01 (01-10). Real Decreto 1299/2006. ▪ Se debe elaborar e implantar un protocolo de vigilancia de la salud específico. ▪ Vacuna eficaz disponible.

⁷³⁰ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Directrices para la evaluación...”, op. cit., págs. 26-107.

⁷³¹ Véase estudio sobre la obligatoriedad de los reconocimientos médicos en los casos de exposición a determinados agentes químicos de MORENO MÁRQUEZ, A., “Riesgo de enfermedad...”, op. cit., págs. 197-208.

AGENTES	CONTENIDO VIGILANCIA DE LA SALUD ESPECÍFICA
Virus Varicella Zóster	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Las trabajadoras en edad fértil no inmunes deben excluirse de las áreas de alto riesgo hasta completar la vacunación. La trabajadora embarazada no inmune puede reocupar su puesto de trabajo unos 28 días después de la aparición del último caso de varicela. ▪ Trabajadoras con déficit inmunitario y sin acreditación de vacunación o con serología negativa deben ser apartados de las zonas de alto riesgo hasta completar vacunación. Comprobar la inmunización. ▪ Se debe elaborar e implantar un protocolo de vigilancia de la salud específico. ▪ Enfermedad profesional 3A01 (01-10). Real Decreto 1299/2006.
Virus del Sarampión	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Las trabajadoras en edad fértil no inmunes deben excluirse de las áreas de alto riesgo hasta completar la vacunación. ▪ La posibilidad de grave afectación del embarazo hace necesario retirar inmediatamente a las trabajadoras embarazadas de las áreas de riesgo hasta confirmar su estado inmunitario. ▪ Enfermedad de declaración obligatoria. ▪ Enfermedad profesional 3A01 (01-10). Real Decreto 1299/2006. ▪ Se debe elaborar e implantar un protocolo de vigilancia de la salud específico. ▪ Vacuna eficaz disponible.
Virus de la Hepatitis B	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Enfermedad de declaración obligatoria. ▪ Enfermedad profesional 3A01 (01-10). Real Decreto 1299/2006. ▪ Se debe elaborar e implantar un protocolo de vigilancia de la salud específico. ▪ Vacuna eficaz disponible.
Virus de la Hepatitis C	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La lactancia materna no parece transmitir el VHC, aunque se debe considerar la posibilidad de evitarla cuando los pezones de las madres infectadas aparecen agrietados o sangran. ▪ Cuando la madre esté co-infectada con el VIH debe evitarse la lactancia materna. ▪ Enfermedad de declaración obligatoria. ▪ Enfermedad profesional 3A01 (01-10). Real Decreto 1299/2006. ▪ Se debe elaborar e implantar un protocolo de vigilancia de la salud específico.
Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Enfermedad profesional 3A01 (01-10). Real Decreto 1299/2006. ▪ Se debe elaborar e implantar un protocolo de vigilancia de la salud específico.
Brucella abortus	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La preparación y uso de vacunas vivas con cepas tales como Brucella abortus S19 y B. melitensis RB 51 son consideradas de riesgo puesto que no son completamente avirulentas para humanos. ▪ Enfermedad de declaración obligatoria. ▪ Enfermedad profesional 3A01 (01-10). Real Decreto 1299/2006. ▪ Se debe elaborar e implantar un protocolo de vigilancia de la salud específico.

AGENTES	CONTENIDO VIGILANCIA DE LA SALUD ESPECÍFICA
Virus de la Hepatitis A	<ul style="list-style-type: none"> ▪ En el caso de madres infectadas, la lactancia está recomendada tan pronto como la madre recibe la gammaglobulina. ▪ Enfermedad de declaración obligatoria. ▪ Enfermedad profesional 3A01 (01-10). Real Decreto 1299/2006. ▪ Se debe elaborar e implantar un protocolo de vigilancia de la salud específico. ▪ Vacuna eficaz disponible.
AGENTES FÍSICOS	
Radiaciones ionizantes	Desde el momento en que una mujer que se encuentre en periodo de lactancia, informe de su estado al titular de la práctica, no se le asignarán trabajos que supongan un riesgo significativo de contaminación radiactiva. En este supuesto deberá garantizarse una vigilancia adecuada de la posible contaminación radiactiva del organismo.
Ruido⁷³²	De acuerdo con el Real Decreto 286/2006, a partir de exposiciones por encima de los niveles inferiores de exposición que dan lugar a una acción (LAeq,d > 80 dB(A), Lpico > 135 dB(C), se deberá realizar de forma obligatoria la vigilancia de la salud.
Calor y frío	Seguimiento de la respuesta fisiológica al calor de la embarazada mediante vigilancia de la salud.
AGENTES PSICOSOCIALES	
Trabajo a turnos y trabajo nocturno	Es recomendable hacer un seguimiento periódico de la mujer durante y después del embarazo para detectar de forma precoz cualquier síntoma o signo que aconseje la no realización de turnos o una nueva adaptación de las condiciones y tiempo de trabajo.

2.6. LA NECESARIA COMUNICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO AL EMPRESARIO

Para garantizar el cumplimiento del deber empresarial de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14 LPRL), el empresario deberá tener constancia de todas las particularidades del personal a su cargo, para poner en funcionamiento la acción preventiva y evitar posibles daños a la salud como consecuencia del trabajo realizado.

En el supuesto de la mujer trabajadora embarazada, es fundamental que el empleador –y el servicio de prevención de riesgos laborales de la empresa– conozca el estado biológico en el que se encuentra la mujer, pues será la única forma de adoptar medidas preventivas específicas que protejan no sólo la salud de la mujer, sino la del embrión primero y la del feto después. El objetivo es que el empresario pueda cumplir con sus obligaciones legales –entre otras, realizar la evaluación de riesgos laborales

⁷³² Véase estudio sobre la obligatoriedad de los reconocimientos médicos en los casos de exposición al ruido laboral de MORENO MÁRQUEZ, A., “Riesgo de enfermedad...” op. cit., págs. 197-208.

del puesto que ocupa la mujer conforme a lo establecido en los arts. 16 y 26 LPRL-, de forma que se puedan evitar daños derivados del trabajo.

El empresario podrá tener constancia del embarazo de la mujer a través de diferentes vías: 1) Comunicación directa –verbal o por escrito– de la trabajadora o de terceras personas, en la que se manifieste su estado biológico y el estado de la gestación. Lo más recomendable es que este acto se realice por escrito y que vaya acompañado de un certificado médico del facultativo que supervisa el embarazo⁷³³ ⁷³⁴. Esta comunicación deberá ir dirigida al empleador o a los responsables de la PRL de la empresa, en función de la modalidad preventiva escogida; y 2) Comunicación indirecta: conocimiento empresarial por cualquier otro medio o manera, entre el que se encuentra el momento a partir del cual sea perceptible, por el inevitable aumento del abdomen o bien que el hecho del embarazo sea conocido en el centro de trabajo. Este último hecho será necesario que quede probado, puesto que no es suficiente que la trabajadora lo hubiera puesto en conocimiento de sus compañeros de trabajo, sino que debe quedar claro que sea una noticia de público conocimiento, conocida por los responsables de la empresa, no bastando el argumento de que personas con cargo en la organización tengan noticias del embarazo⁷³⁵. En definitiva, cualquier medio puede ser válido siempre que así le conste al empresario de manera fehaciente⁷³⁶. Algunos autores van más allá y estiman que debido a la importancia de los intereses objeto de protección, si existiera la sospecha del embarazo de la mujer trabajadora, el empresario deberá realizar las gestiones necesarias para confirmar o desmentir la situación y proceder en consecuencia⁷³⁷.

Sea como fuere la vía de comunicación del embarazo o la forma en la que el empresario tuviera constancia de la situación biológica, esta información deberá ser objeto de un tratamiento como dato personal, considerado en el nivel de riesgo más alto por posibles discriminaciones. En el supuesto que el embarazo conlleve un problema de salud, será considerado un dato especialmente sensible, por lo que, desde la empresa se deberá realizar el tratamiento de este dato con las medidas necesarias, razonables y proporcionadas al amparo de lo dispuesto los arts. 22 y 23 LPRL. Así, en

⁷³³ Entendemos que el medio escrito es el más adecuado desde el punto de vista probatorio y de seguridad jurídica, respecto a un posible incumplimiento empresarial de la acción protectora de la maternidad (GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "La maternidad y su consideración...", op. cit. págs. 56-57).

⁷³⁴ SOLÉ GÓMEZ, M.D., et al, "Nota Técnica de Prevención (NTP) 959...", op. cit. pág. 3.

⁷³⁵ STC 17/2003 DE 30/01/2003 (F.J. 6).

⁷³⁶ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "El riesgo durante el embarazo (Régimen Laboral y de Seguridad Social)", Aranzadi, 2002; PÉREZ DEL RÍO, M.T., BALLESTER PASTOR, M.A., "Mujer y salud...", op. cit., págs. 62-63; MELLA MÉNDEZ, L., "Situación de riesgo...", op. cit. págs. 1211-1222.

⁷³⁷ MELLA MÉNDEZ, L., "Situación de riesgo...", op. cit., págs. 1211-1222.

la escala de valoración de importancia de datos de carácter personal, en la documentación en materia de PRL, la importancia de la maternidad es la máxima⁷³⁸.

Por último, no podemos olvidar que la situación de embarazo de la mujer trabajadora forma parte de su intimidad personal y se encuentra recogido como un derecho fundamental en el art. 18.1 CE (derecho a la intimidad personal y familiar) y como un derecho de los trabajadores recogido como tal por la LET en su art. 4.2.e); por ello, es necesario alcanzar un adecuado equilibrio entre la garantía del cumplimiento de este derecho fundamental y la protección de la seguridad y salud de la mujer embarazada y la de su futuro hijo.

2.6.1. Estado biológico conocido

El art. 2 de la Directiva 92/85/CEE define a la trabajadora embarazada como “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”; estableciendo idénticas definiciones para la “trabajadora que ha dado a luz” y la “trabajadora en periodo de lactancia”. Es decir, el legislador europeo introduce el matiz de la comunicación de su estado biológico –embarazo, parto reciente o lactancia– al empresario sin el que no cabe concebir a la mujer trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en situación de lactancia. Esta comunicación no es un requisito meramente formal, sino que le atribuye una eficacia constitutiva de las obligaciones empresariales con relación a la protección de la maternidad, en la medida en que la incluye en la definición de los sujetos protegidos⁷³⁹. En cuanto a las “legislaciones y/o prácticas nacionales”, son interesantes las conclusiones contenidas en el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, en el que se afirma que la mayoría de los Estados miembros no definen el concepto de trabajadora embarazada y, a diferencia de España, la puesta en marcha del mecanismo preventivo empresarial de la mayor parte de los Estados miembros, “requiere que la trabajadora informe a la empresa de su embarazo, o del hecho de que ha dado recientemente a luz o que está amamantando, y el plazo de protección no comienza hasta que se haya hecho”⁷⁴⁰.

⁷³⁸ SIERRA HERNÁIZ, E., “Protección de datos y derechos de maternidad en el ámbito laboral”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 228, págs. 61-85.

⁷³⁹ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 82.

⁷⁴⁰ Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, 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 período de lactancia, pág. 7. Se trata de un documento interesante desde el punto de vista del Derecho Comparado que nos permite establecer analogías y diferencias entre los diferentes sistemas preventivos de la mujer trabajadora embarazada en la Unión Europea. Plantea que hay grandes discrepancias y diferencias entre los Estados miembros en cuanto a la obligación de informar a la empresa, estableciendo una cuestión general: si es evidente que la mujer está embarazada pero no lo ha comunicado formalmente al empresario, queda excluida del ámbito de la Directiva, aunque en la práctica éste tenga constancia del embarazo. Continúa el informe determinando que la Comisión reflexionará para hallar una solución a este problema.

La transposición de esta Directiva al Derecho español se efectuó principalmente por la LPRL (art. 26) y por el Real Decreto 298/2009, sobre todo en lo concerniente a los Anexos I y II de la Directiva: “Lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo”⁷⁴¹ (mencionada en el art. 4) y “Lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo” (mencionada en el art. 6)⁷⁴². Centrándonos en el contenido del art. 26 LPRL, el legislador no incluyó el requisito de la comunicación como una condición necesaria para el despliegue de toda la acción preventiva del empresario⁷⁴³. En el ámbito internacional, la Recomendación núm. 95 de la OIT sobre la protección de la maternidad, hace referencia en su art. 4.1 al periodo antes y después del parto, durante el cual es ilegal para el empleador despedir a una mujer, mencionando que tendrá conocimiento del mismo por medio de un certificado médico.

En la legislación española, el estado biológico conocido se menciona en el art. 25 LPRL, en el que se determina que “El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, (...) sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”. Estos trabajadores no serán empleados en puestos en los que debido a su estado biológico conocido puedan exponerse a situaciones de peligro a nivel personal o hacia el resto de trabajadores.

Desde un punto de vista exclusivamente preventivo, debemos plantearnos la siguiente cuestión: *¿está obligada la trabajadora a comunicar su embarazo al empresario en base a la protección de la seguridad y salud de la trabajadora y de su feto?* La doctrina científica que defiende esta obligatoriedad, precisa que debe estar justificada únicamente por razones preventivas, pero no por cualquier otro motivo empresarial. Es decir, se plantearía una excepción a la norma general de no obligatoriedad y siempre que: 1) el empresario haya cumplido con su obligación de evaluar los riesgos y que de tal evaluación se hayan desprendido datos que permitan entender la existencia de un riesgo real o potencial para la madre o el feto; y 2) haya comunicado tal información a la trabajadora. En estos casos, entienden que hay un

⁷⁴¹ El Anexo I fue modificado por la Directiva 2014/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento (CE) nº 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

⁷⁴² Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con 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 período de lactancia.

⁷⁴³ Ello no significa que se produzca un incumplimiento de la Directiva, puesto que remite a las legislaciones y/o prácticas nacionales la configuración de esta comunicación. En este sentido, entendemos que no es necesaria una comunicación formal del estado biológico, pudiendo ser la misma bajo distintas modalidades. Al contrario, se produce una mejora sustancial con respecto al requisito de la comunicación, tal y como señala la exposición de motivos de la LCVFL (“superando los niveles mínimos de protección”) y la STSJ de Madrid de 18/05/2000 (F.J. 6º). Interesante defensa realiza SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; en “La protección de la maternidad...”, op. cit., págs. 83-84.

motivo por el que la trabajadora estaría obligada a comunicar su embarazo al empresario⁷⁴⁴.

El INSST va más allá y es más preciso, recomendando esta comunicación en los siguientes casos⁷⁴⁵:

- 1. En la preconcepción:** si la trabajadora tiene intención de quedarse embarazada y su trabajo implica la manipulación de agentes que pueden producir malformaciones congénitas, deberá saber que el riesgo es máximo entre la 3ª y 8ª semana de gestación. Por ello, teniendo en cuenta que un retraso de 7 días significa que la mujer se halla en la 3ª semana de gestación, la comunicación por parte de la trabajadora de su intención de quedar embarazada o la determinación de la gonadotropina coriónica en sangre a los 2-3 días de retraso podrían considerarse como elementos para poner en marcha las medidas preventivas oportunas⁷⁴⁶.
- 2. En caso de sospecha de embarazo:** si la trabajadora, con ciclos menstruales regulares y espontáneos, tiene un retraso de diez días, se recomienda que lo ponga en conocimiento del empresario, en función de los factores de riesgo presentes en el lugar de trabajo.
- 3. Durante el embarazo:** sería recomendable que lo comunicara cuando tuviera la confirmación del embarazo por los diferentes medios que puedan identificarlo, normalmente por determinación en orina de la gonadotropina coriónica.
- 4. Durante el postparto:** sería aconsejable que el empresario tuviera conocimiento cuando la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo antes de la finalización del periodo de suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor.
- 5. Durante la lactancia materna:** si durante la lactancia materna, la trabajadora pudiera amamantar a su hijo o extraerse la leche en el lugar de trabajo, sería recomendable que lo comunicara al empresario lo antes posible, para que se pudiese disponer de una sala habilitada al efecto.

En nuestra opinión, entendemos que no debe operar la obligatoriedad aun cuando su propósito fuera la protección integral de la mujer y de su feto, puesto que como veremos en siguientes párrafos, la acción preventiva empresarial no debe estar supeditada a la previa comunicación al empresario de la situación de embarazo, hecho

⁷⁴⁴ FABREGAT MONFORT, G., “¿Obligación de comunicar el embarazo? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero del 2003. C-320/2001. Busch contra Klinikum Neustadt GmbH -Co. Betriebs- K)”, Derecho Social, núm. 24, 2003, pág. 105 y ss.

⁷⁴⁵ SOLÉ GÓMEZ, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 915:...”, op. cit., pág. 3.

⁷⁴⁶ La gonadotropina coriónica se define como aquella “Sustancia segregada por el corión (placenta) y su misión más importante es mantener activo el cuerpo lúteo del ovario. Se elimina por la orina de la embarazada, desde una fase precoz del embarazo, por lo cual se utiliza para confirmar su existencia” (CLÍNICA UNIVERSIDAD DE NAVARRA, “Diccionario médico”. Enlace: <https://bit.ly/3tS9PCQ>).

que no puede generar ningún tipo de duda. Es decir, el empresario debe actuar y poner en funcionamiento los mecanismos preventivos adecuados con independencia del conocimiento previo del embarazo de la trabajadora. Sin embargo, a pesar de esta no obligatoriedad, desde un punto de vista estrictamente preventivo, se debe transmitir a las trabajadoras la importancia de esta comunicación, puesto que, ello podría ser beneficioso para su salud y la de su descendencia.

2.6.2. Situaciones problemáticas

Llegados a este punto y ante la no obligatoriedad de comunicar el embarazo por parte de la trabajadora, de acuerdo al marco normativo descrito, se plantean tres interrogantes que son interesantes abordar:

1. **Primera cuestión:** *¿se produciría un incumplimiento sancionable de sus obligaciones si no comunica su embarazo?* Desde un punto de vista estrictamente legal, el art. 26 LPRL no exige a la trabajadora embarazada el deber de comunicar su embarazo, por lo que, si no existe obligación, tampoco puede haber un incumplimiento sancionable. Sin embargo, partiendo de esta premisa, no hay una respuesta unánime de la doctrina científica ante esta cuestión. Así, se han detectado dos líneas doctrinales opuestas entre sí: 1) aquella que está de acuerdo con esta premisa legal y que se basa en que no se produce un quebrantamiento de los deberes de información y cooperación (arts. 29.2.4º y 29.2.6º LPRL). Está refrendada por la jurisprudencia que determina que no pueden interpretarse estos deberes en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación⁷⁴⁷. Por tanto, no se quebrantaría el art. 29.3 LPRL, que determina que “el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos (...) tendrá la consideración de incumplimiento laboral”, a los efectos previstos en el art. 58.1 LET; una sanción por ocultar su estado biológico sería tan grave como despedirla por estar embarazada⁷⁴⁸. En nuestra opinión, esta es la postura que tiene mayor consistencia jurídica y la que mayor refrendo jurisprudencial la avala; 2) aquella otra que considera que la ocultación del embarazo puede tener la consideración de incumplimiento laboral, pudiendo ser sancionada la trabajadora por tal motivo. Entienden que podría llegarse incluso al despido por el quebrantamiento de la buena fe contractual y las órdenes empresariales⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ STSJ de Madrid de 18/05/2000 (F.J. 6º).

⁷⁴⁸ NEVADO FERNÁNDEZ, M.J., “El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de seguridad social) (I)”, Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 105, 2001, pág. 391.

⁷⁴⁹ Entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en AA.VV. (Coords. OJEDA-AVILÉS, A., ALARCÓN CARACUEL, M.R., RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.) “La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995”, Aranzadi,

Profundizando en el posible incumplimiento laboral, en su caso, *¿se produciría un quebrantamiento del deber de buena fe y por tanto un incumplimiento contractual?*⁷⁵⁰ La buena fe contractual se debe entender como la actuación contraria a los esenciales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes⁷⁵¹. El art. 5 a) LET establece que los trabajadores tendrán el deber básico de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, estableciendo que el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe (art. 20.2 LET)⁷⁵². Asimismo, la doctrina del TS determina que “la buena fe, en su sentido objetivo, consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento”⁷⁵³. Es decir, para que se produzca una transgresión de la buena fe contractual, debe producirse un incumplimiento contractual sancionable, hecho que no se produce en nuestro supuesto⁷⁵⁴. Por ello, es claro que no existe ninguna infracción de la buena fe contractual por el hecho de que se omita la comunicación de la situación de embarazo, hecho que debe serle indiferente al empresario⁷⁵⁵.

- 2. Segunda cuestión:** *¿se activaría la acción protectora del empresario conforme al art. 26 LPRL?* No, puesto que, si el empresario no tiene conocimiento del embarazo, no podrá activar la acción protectora. No se trata de una acción automática, sino que requiere del conocimiento previo del estado de embarazo, por comunicación directa de la trabajadora o porque el empresario tenga conocimiento del mismo. Si el embarazo es notorio, el empresario debe cumplir con sus obligaciones protectoras de acuerdo al art. 26 LPRL y actuar –si fuera necesario– aún en contra de la voluntad de la trabajadora⁷⁵⁶. La prueba del conocimiento del estado biológico es suficiente para que nazca la obligación y en

Pamplona, 1996, pág. 242. Sobre ambas posiciones doctrinales realiza una descriptiva situación PÉREZ CAMPOS, A.I., en “Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención”, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XL, 2007, págs. 213-214.

⁷⁵⁰ Art. 54.2.d) Despido disciplinario: incumplimiento contractual por la transgresión de la buena fe contractual.

⁷⁵¹ STS de 20/11/1989 y STS de 26/02/1991.

⁷⁵² STC de 16/01/1996 y STS de 19/07/2010.

⁷⁵³ STS de 15/06/2009 (F.D. 4º). Citado igualmente en la STS de 19/07/2010.

⁷⁵⁴ STSJ de Madrid de 18/05/2000 (F.J. 6º).

⁷⁵⁵ FABREGAT MONFORT, G., “¿Obligación de comunicar el embarazo?...”, op. cit., pág. 105 y ss.

⁷⁵⁶ PÉREZ CAMPOS, A.I., “Salud laboral...”, op. cit., pág. 213.

su caso, la responsabilidad laboral y administrativa⁷⁵⁷. En definitiva, la trabajadora sólo podrá beneficiarse totalmente de la protección específica prevista en el art. 26 LPRL si informa de su embarazo al empresario o el mismo tiene conocimiento previo del estado biológico de la trabajadora⁷⁵⁸.

Ahora bien, con independencia del conocimiento empresarial, el empleador no puede eludir su deber de protección de los TES (art. 25 LPRL), desplegando todo el sistema preventivo (acción preventiva) que le otorga la LPRL. Por ello, debe quedar claro que la acción preventiva empresarial no debe estar supeditada a la previa comunicación al empresario de la situación de embarazo⁷⁵⁹.

- 3. Tercera cuestión:** en su caso, ¿qué responsabilidad tendría el empresario ante una falta de adopción de medidas preventivas dirigidas a la trabajadora embarazada? El marco normativo determina que el incumplimiento del empresario ante estas obligaciones podría constituir una infracción muy grave. Concretamente tendrá esta calificación la no observación de las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia. Asimismo, será igualmente una infracción muy grave la adscripción de trabajadores a puestos cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo⁷⁶⁰. En este sentido, parece que queda claro que, si el empresario adscribe a una trabajadora embarazada a un puesto de trabajo incompatible con su estado biológico, cuando el mismo es conocido, podría cometer una infracción muy grave. Asimismo, si el empresario realiza esta adscripción –incompatible con su estado biológico– sin tener conocimiento del embarazo, en principio, el empleador carecerá de responsabilidad, salvo que se evidencie que podía haber conocido el estado de la trabajadora por ser público y notorio⁷⁶¹. Por último, el Código Penal determina que, los que con infracción de las normas de PRL y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene

⁷⁵⁷ CABEZA PEREIRO, J., “Maternidad y riesgos laborales”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 17, 2006, pág. 244.

⁷⁵⁸ CONDE COLMENERO, P., “La trabajadora embarazada y los riesgos laborales: entre la plena incorporación femenina al mercado de trabajo y las emergentes patologías profesionales”, Comunicación presentada en el X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, 2011, págs. 11 y 12.

⁷⁵⁹ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 84. En referencia a MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M., “Maternidad y salud...”, op. cit., pág. 40. Similares argumentos se exponen en LOUSADA AROCHENA, J.F., “La protección de la salud...”, op. cit., pág. 713.

⁷⁶⁰ Art. 13 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁷⁶¹ GARCÍA VIÑA, J., “La obligación del empresario...”, op. cit., págs. 63-77.

adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, pueden cometer un delito contra los derechos de los trabajadores⁷⁶². Se trata de un delito de difícil configuración, que obliga a acudir a la normativa laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo para comprender mejor su efectividad. Se castiga el poner en peligro la vida o salud de los trabajadores al no facilitar los medios para que ese colectivo desempeñe su actividad en condiciones adecuadas. Se deben producir tres elementos: 1) “no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”; 2) La infracción de las normas de PRL; y 3) La puesta en peligro grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores⁷⁶³.

A modo de ejemplo, citamos el art. 21.1 c) del Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, establece que la empresa externa deberá informar a las trabajadoras expuestas, antes de iniciar su actividad, sobre “la necesidad de efectuar rápidamente la declaración de embarazo y notificación de lactancia, habida cuenta de los riesgos de exposición para el feto, así como el riesgo de contaminación del lactante en caso de contaminación radiactiva corporal”. Asimismo, el art. 10 determina que se desplegará la acción protectora cuando la trabajadora comunique su embarazo o informe de su estado en caso de lactancia, todo ello en el marco de la protección especial durante el embarazo y la lactancia. En este sentido, el reglamento considera una infracción grave “incumplir las prescripciones relativas a embarazo y lactancia (...), una vez que la trabajadora haya comunicado su estado al titular de la práctica” (art. 69.2.b.7^o)⁷⁶⁴. Es decir, en el supuesto de trabajadoras expuestas a radiaciones ionizantes, se plantea como una “necesidad” la comunicación de la trabajadora de su embarazo o de la situación de lactancia natural para que el empresario pueda desplegar toda su acción protectora. Hay que tener en cuenta que las radiaciones ionizantes constituyen un riesgo importante para toda la clase trabajadora en general y para la madre gestante o lactante en particular que no puede ser ignorado. El daño que causa la radiación en los órganos y tejidos depende de la dosis recibida, o dosis absorbida, pudiendo afectar al funcionamiento de órganos y tejidos, y producir efectos agudos tales como enrojecimiento de la piel, caída del cabello, quemaduras por radiación o síndrome de irradiación aguda. En el caso de

⁷⁶² Art. 316 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En este caso, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

⁷⁶³ RILLO PERALTA, E., “El delito contra la seguridad y salud en el trabajo”, Revista Técnico Laboral, Vol. 37, núm. 144, 2015, págs. 259-261.

⁷⁶⁴ Normativa e información recogida en la ficha de riesgo “Agentes físicos AF1: radiaciones ionizantes”, INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Directrices para la evaluación...”, op. cit., pág. 77.

mujeres embarazadas, la radiación ionizante puede producir daños cerebrales en el feto tras la exposición prenatal aguda a dosis elevadas, debiendo adoptarse medidas preventivas y protectoras enérgicas para evitar que se produzcan daños derivados del trabajo^{765 766}. Por todo ello, el legislador atendiendo a la especial gravedad de este riesgo, y aunque no viene impuesto como un deber, considera fundamental que la mujer embarazada o lactante comunique su estado lo antes posible para adoptar las medidas preventivas o protectoras adecuadas⁷⁶⁷.

En la misma línea se pronuncia el Consejo de Seguridad Nuclear que estima “imprescindible” que la trabajadora expuesta gestante, en cuanto tenga conocimiento de su embarazo, lo comunique al encargado de la protección radiológica del centro en el que trabaja y al responsable de la instalación radiactiva, con el objetivo último de proteger adecuadamente al feto⁷⁶⁸.

2.6.3. La doctrina jurisprudencial

Los pronunciamientos judiciales sobre este tema tienen su origen en la extinción del contrato de trabajo de la mujer embarazada, siendo la cuestión principal la calificación del despido de la trabajadora, no prestando especial atención a las medidas preventivas que debe adoptar el empresario en cumplimiento de la LPRL. Sin embargo, en nuestro caso lo que nos interesa, es determinar cómo puede verse afectada la trabajadora embarazada en materia de PRL en todos los supuestos que giran en torno al conocimiento empresarial del embarazo.

A nivel europeo, la STJCE de 04/10/2001, *Asunto Tele Danmark C-109/2000*, determina en su apartado 24 que “la trabajadora no está obligada a informar al empresario de su estado, puesto que este último no puede tenerlo en cuenta en el

⁷⁶⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Radiaciones ionizantes: efectos en la salud y medidas de protección”. Enlace: <https://bit.ly/2PNHVZV>. Así, por ejemplo, determina que cuando se produzca una emergencia nuclear, las embarazadas deben tomar pastillas de yoduro de potasio cuando así lo indiquen las autoridades competentes para proteger tanto su tiroides como la del feto. Cuando esté indicado, las mujeres lactantes también deben tomar pastillas de yoduro de potasio para protegerse a sí mismas y proporcionar al lactante yoduro de potasio con leche materna.

⁷⁶⁶ El feto resulta especialmente vulnerable frente a las radiaciones ionizantes, puesto que su exposición conlleva riesgos específicos, como las malformaciones, que no se dan en la exposición de los seres ya nacidos. CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR (CSN), “Protección de las trabajadoras gestantes expuestas a radiaciones ionizantes en el ámbito sanitario”, 2003, pág. 5. Enlace: <https://bit.ly/2Ssdd9R>.

⁷⁶⁷ Con relación a la exposición a radiaciones ionizantes de trabajadoras embarazadas, LOUSADA AROCHENA, J.F., en “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., pág. 350, se refiere a la opinión manifestada por Jean Jacquain, que se cuestiona retóricamente si “¿puede un empleador no infringir la ley... si continúa exponiendo a radiaciones ionizantes a una trabajadora encinta de 8 meses que no le ha informado de su estado?”, “Protection de la maternité. L’execution de la directive européenne 92/85”, CGSP, Bélgica, 1995, págs. 8 y 9. En este sentido el autor expone que “si el empresario conoce el estado de la trabajadora –por ser notorio o conocerlo de otro modo distinto a la comunicación de la trabajadora–, la conclusión más lógica es que estará obligado a cumplir con la norma”.

⁷⁶⁸ CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR (CSN), “Protección de las trabajadoras gestantes”. Enlace: <https://bit.ly/3eZsmXU>.

momento de la contratación”. Asimismo, estima que “si se admitiera dicha obligación de informar al empresario, se correría el riesgo de privar de efecto a la protección de las trabajadoras embarazadas establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85, cuando el legislador comunitario ha deseado que dicha protección sea especialmente elevada”. En el mismo sentido se manifiesta la STJCE de 27/02/2003, *Asunto Busch C-320/2001*, en la que se estima que “puesto que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de ésta, la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta”. La STJUE de 11/11/2010, *Asunto Dita Danosa C-232/09*, justifica el carácter autónomo del concepto de trabajadora embarazada contemplado en la Directiva 92/85, en la que remite a las legislaciones y/o prácticas nacionales las modalidades de comunicación del estado de la trabajadora al empresario⁷⁶⁹.

En definitiva, las resoluciones del TJUE ponen de manifiesto que el estado biológico de la trabajadora pertenece al ámbito de su intimidad y que, por tanto, carece de obligatoriedad ponerlo en conocimiento del empresario, sin que se pueda justificar un despido por el quebrantamiento del deber de lealtad⁷⁷⁰. Asimismo, entendemos igualmente que la ocultación del embarazo o la lactancia natural al empresario no supone una ruptura del vínculo de confianza que debe presidir toda relación laboral⁷⁷¹.

A nivel interno, la doctrina del TC –a partir de la STC 92/2008– insiste en que la Directiva 92/85/CEE prevé expresamente la necesidad de comunicar el embarazo al empresario, a efectos de poder calificar a la mujer como “trabajadora embarazada”. Sin embargo, explica que el legislador español en su transposición al ordenamiento jurídico interno, omitió expresamente el requisito de la comunicación “superando los niveles mínimos de protección” previstos en la Directiva. Por ello, para que se produzca la nulidad de un despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE (art. 55.5 LET), no es necesario el cumplimiento de este requisito, puesto que se trata de una garantía objetiva y automática, que otorga la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, en el supuesto de que el empresario desconozca el embarazo de la trabajadora en el momento de producirse el despido. Por tanto, se dispensa a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental. Se configura así por el legislador un

⁷⁶⁹ Apartado 53. Similar argumento se expuso en la STJCE de 20/09/2007, *Asunto Kiiski C-116/06* (apartado 24). Véase MIRANDA BOTO, J.M., “La Directiva 92/85/CEE...”, op. cit., págs. 722-724.

⁷⁷⁰ STJCE de 04/10/2001, *Asunto Tele Danmark C-109/2000*; STJUE de 11/11/2010, *Asunto Dita Danosa C-232/09*.

⁷⁷¹ SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 86.

mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional⁷⁷².

Profundizando en la jurisprudencia, abordamos la relación o conexión que existe entre el requisito de comunicar el embarazo establecido en el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE y el despliegue de la actuación preventiva empresarial del art. 26 LPRL. A nivel europeo, la comentada STJUE de 11/11/2010, *Asunto Dita Danosa C-232/09*, flexibiliza en cierta manera el requisito de la comunicación exigido en el art. 2 de la Directiva 92/85, de forma que explica en su apartado 55 que “si el empleador, sin haber sido informado formalmente del embarazo de la trabajadora por la propia interesada, tuviese conocimiento del embarazo de ésta, sería contrario a la finalidad y al espíritu de la Directiva 92/85/CEE interpretar restrictivamente los términos del artículo 2, letra a), de esta Directiva y denegar a la trabajadora afectada la protección contra el despido recogida en dicho artículo 10.”⁷⁷³

A nivel interno, se detecta en la STSJ de Madrid de 18/05/2000 una resolución judicial muy descriptiva de esta conexión en la que, en primer lugar, desarrolla unos fundamentos jurídicos similares a la doctrina actual que sobre esta materia ha emanado del TC y TS –a pesar de que aquella es muy anterior a la opinión jurisprudencial actual, que tiene su origen en la STC 92/2008 y STS de 17/10/2008–; determinando que el criterio legal es el de no exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85. En segundo lugar, incide en que la actuación empresarial preventiva dirigida a la protección de la maternidad (art. 26 LPRL) se pone en marcha desde el momento en el que la trabajadora comunica su estado de embarazo o lactancia al empresario, pero si es notorio, el empresario ha de cumplir sus deberes de protección en todo caso. En el supuesto de desconocimiento real, no se puede exigir responsabilidad al empresario por la omisión de medidas que no tenía por qué adoptar. Y en tercer lugar, determina que el art. 29.2.6º LPRL no puede interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación. No existiendo este deber, no puede hablarse

⁷⁷² SSTC 92/2008 de 21/07/2008; 124/2009 de 18/05/2009; 173/2013 de 10/10/2013. Hasta la STC 92/2008, el TC planteaba una postura contraria como se pone de manifiesto en la STC 41/2002 de 25/02/2002 en la que se establecía que si se quiere poner de manifiesto que la causa del despido es el embarazo, el empresario debe tener conocimiento previo de este hecho o bien, según establece la STC 17/2003 de 23/01/2003, que el embarazo sea conocido en el centro de trabajo o por directivos de la empresa. Sobre la STC 92/2008, véase comentario de ELORZA GUERRERO, F., en “La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas”, *Temas Laborales*, núm. 98/2009, págs. 239-248. Sobre la nulidad objetiva, véase aportación que realiza sobre la STC 173/2013 de 10/10/2013 RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., en “Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? de la jurisprudencia constitucional”, *Temas Laborales*, núm. 123, 2014, págs. 185-196.

⁷⁷³ Similar argumento defiende NAVARRO NIETO, F., “La problemática jurídica...”, op. cit., pág. 46.

tampoco de un incumplimiento sancionable conforme al art. 29.3 LPRL, ni de un quebrantamiento del deber de buena fe de la trabajadora⁷⁷⁴.

En cuanto al hecho probatorio del embarazo de la trabajadora en los casos sobre discriminación por embarazo o lactancia natural, el art. 19.1 de la Directiva 2006/54 determina que “los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”. La importancia de este precepto y su aplicabilidad a situaciones relacionadas con la PRL en la maternidad, la encontramos en la trascendente –en nuestra opinión– STSJ de Galicia de 08/11/2017⁷⁷⁵. Veamos de forma resumida los puntos de interés de este fallo judicial. En primer lugar, precisar que se trata de un supuesto de procedencia de una prestación por riesgo durante la lactancia natural para una trabajadora de un servicio de urgencias hospitalarias que, en primera instancia el Juzgado de lo Social núm. 2 de La Coruña desestimó. En segundo lugar, aclarar que tras elevarse una cuestión prejudicial al TJUE, determinó que el art. 19 citado es de aplicabilidad directa al presente supuesto, por lo que “incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias”; y a su vez, le corresponde a “la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y que, por lo tanto, no se vulneró el principio de no discriminación”. En cuanto a la trabajadora, quedó acreditado que aportó hechos que ponían de manifiesto una posible situación de discriminación, que el tribunal entendió como indicios suficientes (informe firmado por la jefa de servicio de la unidad de urgencias donde se detallan una serie de riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para el mantenimiento de la lactancia natural presentes en el puesto de trabajo de la recurrente). Así, tras estos indicios, el tribunal entiende que la parte demandada no cumplió con la tarea de la carga de la prueba que le correspondía, aportando dos documentos que por sí solos, no podían constituir una presunción *iuris et de iure* de que así fuera. Nos referimos concretamente a: 1) documento del empresario en el que se califica al puesto de trabajo como “exento de riesgo” tras una evaluación de riesgos que no incluía un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual y que, por lo tanto, no planteaba medidas preventivas conformes al art. 4.1 de la Directiva 92/85; y 2) informe médico del Servicio de Medicina Preventiva en el que se indica que la trabajadora es apta para su puesto, sin

⁷⁷⁴ Sobre la STS de 18/05/2000, véase MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., págs. 210-219.

⁷⁷⁵ Véase PALOMINO SAURINA, P., “Concesión de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, aunque no existe evaluación de riesgos”, Revista de Información Laboral núm. 4, 2018.

proporcionar más detalles. En tercer lugar, la parte demandada debió aportar pruebas “demostrativas de la existencia de la posibilidad de adaptar las condiciones de trabajo o de la existencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora”, centrándose únicamente en “intentar acreditar que no había riesgo durante la lactancia natural, sin intentar acreditar que las condiciones de trabajo podían ser adaptadas, o que era posible un cambio de puesto de trabajo”. Tras no quedar suficientemente acreditado que no se vulneró el principio de no discriminación, el tribunal falló a favor de la recurrente, declarando el derecho a las prestaciones derivadas de riesgo durante la lactancia natural.

Por tanto, se trata de una sentencia que consigue vincular directamente la protección frente al riesgo de la trabajadora en situación de lactancia natural y la discriminación indirecta por razón de sexo. Es importante poner en valor el hecho, de que no es suficiente con que el empresario elabore la evaluación de riesgos y se emita certificado de aptitud médica para el trabajo, sino que debe quedar demostrado que se intentaron poner en marcha el conjunto de medidas preventivas y protectoras que emanan del art. 26 LPRL. Es decir, que un documento recoja, que un determinado puesto de trabajo está exento de riesgo para la maternidad, sin más medidas o explicaciones, no implica que así deba ser, sino que deben cumplirse las medidas del art. 4 de la Directiva 92/85/CEE y del art. 26 LPRL⁷⁷⁶.

En el mismo sentido y en un caso similar –sobre la situación en la que una trabajadora realiza un trabajo a turnos en el que sólo una parte de sus funciones son desempeñadas en horario nocturno–, se pronuncia la STJUE de 19/09/2018 *Asunto González Castro C-41/17* que, declara que “las reglas de inversión de la carga de la prueba previstas en la Directiva 2006/54 se aplican a una situación como la de la Sra. GC, cuando la trabajadora de que se trata expone hechos que pueden sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no incluyó un examen específico que tuviese en cuenta su situación individual y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de esta Directiva”^{777 778}.

Recopilando lo visto hasta el momento, concluimos que la jurisprudencia mantiene diferencias significativas en los mecanismos proteccionistas de los que goza la mujer trabajadora embarazada con relación al despido y la actuación preventiva

⁷⁷⁶ Sobre la sentencia, véase MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “La declaración de “apta” ya no es suficiente. Traslación de la carga de la prueba en situaciones de riesgo durante la lactancia natural. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de noviembre de 2017, recurso 1052/2014”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2018, núm. 418, págs. 163-167.

⁷⁷⁷ Véase WOLTERS KLUWER, “Concepto de “trabajo nocturno” a efectos de riesgo de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia”, 2018. Enlace: <https://bit.ly/2iqitdh>. Sobre comentario de las Conclusiones de la Abogado General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 26 de abril de 2018, sobre el Asunto C-41/17 (Isabel González Castro contra Mutua Umivale, Prosegur España, S.L., INSS).

⁷⁷⁸ Sobre el contenido de esta sentencia, véase NAVARRO NIETO, F., “Riesgos laborales...”, op. cit.

empresarial. Se trata de garantías vinculadas a derechos constitucionalmente protegidos que, sin embargo, no producen su efectividad de la misma forma en ambos casos.

1. Protección de las trabajadoras embarazadas frente al despido: es una garantía objetiva y automática (art. 55.5. b) LET), vinculada exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo. La norma no establece como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora, la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado⁷⁷⁹. En estos supuestos, se excusa a la trabajadora de las pruebas de indicios de la discriminación por razón de embarazo y al empresario de que tiene conocimiento del embarazo. La STC 92/2008 revocó la doctrina marcada hasta el momento por la jurisprudencia y que determinaba que este conocimiento constituía un requisito para justificar una discriminación por sexo con relación al despido; la existencia del conocimiento debía probarlo quién lo alegaba⁷⁸⁰. Si el empresario, sin tener comunicación formal del embarazo de la trabajadora, tuviese conocimiento del embarazo de ésta, se la debería dotar con el nivel de protección contra el despido recogido en dicho art. 10 de la Directiva 92/85/781. En estos supuestos, la cuestión central se halla en la determinación de la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

2. Protección de las trabajadoras embarazadas en materia de salud laboral: no es una garantía automática, está condicionada al previo conocimiento empresarial del estado de embarazo de la trabajadora. Es decir, la acción preventiva se desplegará ante un caso concreto de maternidad, careciendo de sentido una protección *ad cautelam* de todas las trabajadoras en edad fértil por si en algún momento pudieran estar embarazadas⁷⁸². En estos casos, la cuestión de fondo es resolver sobre el incumplimiento de las medidas preventivas dirigidas a la mujer trabajadora embarazada (art. 40.2 CE).

Para finalizar con este apartado, en nuestra opinión, es necesario que todas las medidas que se adopten tiendan a alcanzar un adecuado equilibrio entre el derecho a la intimidad de la trabajadora –protegido en la CE– y el despliegue efectivo y específico de la acción preventiva empresarial dirigida a la protección de la maternidad en sus

⁷⁷⁹ STC 92/2008 de 21/07/2008. F.J. 8º.

⁷⁸⁰ Entre otras: STC 41/2002 de 25/02/2002; STC 17/2003 de 30/01/2003; STS de 26/02/2004; STS de 19/07/2006; STS de 24/07/2007; STS de 29/02/2008; STS de 12/03/2008.

⁷⁸¹ Apartado 55 de la STJUE de 11/11/2010, *Asunto Dita Danosa C-232/09*.

⁷⁸² GARCÍA VIÑA, J., "La obligación del empresario...", op. cit., págs. 63-77.

dos vertientes principales: embarazo y lactancia natural. Así, a raíz de la normativa y jurisprudencia mayoritaria que hemos visto, entendemos que la trabajadora embarazada no tiene la obligación de comunicar su estado de gestación al empresario, porque: 1) no hay norma legal o reglamentaria que así lo exija; los deberes que se imponen al trabajador en la LPRL son genéricos, no referidos en exclusiva a las situaciones referidas a la maternidad. No estamos en sintonía con parte de la doctrina científica que ha considerado que sobre la trabajadora pesa la obligación de índole preventiva de informar al empresario de su estado, a tenor del art. 29.2.4º y art. 29.2.6º LPRL, con la consiguiente sanción disciplinaria en caso de que no se produzca (art. 58 LET)⁷⁸³. El hecho de que la mujer no comunique su estado biológico al empresario, no debe interpretarse como un incumplimiento del art. 29 LPRL, que en cualquier caso, no debe prevalecer sobre el derecho fundamental a la intimidad contemplado en la CE; y 2) en un nivel específico hallamos el Real Decreto 783/2001, que si bien no obliga ni establece deber de comunicación e información de la trabajadora hacia el empresario, debido a la importancia del riesgo laboral en cuestión, el legislador estima necesaria esta comunicación previa a la implantación de medidas preventivas y proteccionistas de la mujer embarazada o en periodo de lactancia.

Desde el punto de vista preventivo, entendemos que es fundamental que la trabajadora comunique su estado biológico al empresario, para que todo el sistema preventivo y proteccionista empresarial en materia seguridad y salud laboral de la trabajadora embarazada se ponga en funcionamiento. Por ello, es muy importante que la trabajadora sea consciente de la trascendencia de informar a la empresa con motivo de proteger su salud o la de su descendencia. La cuestión central no debe ser el hecho de que la mujer oculte su estado biológico al empresario, sino el perjuicio en la salud que puede originarle para ella misma y para su feto o hijo que no comunique su situación personal al empleador.

Entendemos que el derecho a la salud de la trabajadora es –como regla general– un bien disponible para ella, que se basa en su libertad individual, expresado por ejemplo en el art. 22.1 LPRL. Ahora bien, nos encontramos ante un caso de responsabilidad y de protección ante el no nacido o el recién nacido, de forma que el silencio voluntario de la madre, no debería constituir un riesgo para la salud de su hijo. Asimismo, si la trabajadora ha recibido la información sobre los riesgos a los que se encuentra expuesta –el empresario evalúa sus riesgos y se lo comunica a la trabajadora–, entendemos que su derecho a la intimidad debe ceder en favor de la protección de la seguridad y salud de su hijo⁷⁸⁴. En nuestra opinión, la trabajadora

⁷⁸³ Entre otras: IGARTUA MIRÓ, M. T., “Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer”, *Temas Laborales*, núm. 91, 2007, pág. 270. MORGADO PANADERO, P., “La triple tutela del embarazo...”, *op. cit.*, pág. 960; SÁNCHEZ CASTILLO, M. M., “La protección de la maternidad...”, *op. cit.*, pág. 87; MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, *op. cit.*, pág. 217; MORENO GENE, J., ROMERO BURILLO, A.M., “Maternidad y salud...”, *op. cit.* pág. 41.

⁷⁸⁴ Argumentación que defiende SÁNCHEZ CASTILLO, M. M., en “La protección de la maternidad...”, *op. cit.*, pág. 88.

tiene una “obligación personal” de esta comunicación, en tanto las condiciones de trabajo puedan ser perjudiciales tanto para ella como para el feto. Sin embargo, debe quedar claro que la norma no condiciona la protección de la trabajadora a la previa comunicación del embarazo, debiendo el empresario adoptar medidas específicas, con independencia del estado biológico de la trabajadora. Es decir, a diferencia de la Directiva 92/85, el art. 26 LPRL no vincula la protección –en materia de PRL– a la comunicación de la trabajadora de su embarazo⁷⁸⁵.

Es evidente que el nivel preventivo no podrá ser el mismo que si tuviera conocimiento del embarazo; por ejemplo, no se podrá realizar la evaluación de riesgos adicional que así establece el INSSST. Asimismo, entendemos que las consecuencias de la comunicación siempre serán más beneficiosas que perjudiciales para la trabajadora embarazada⁷⁸⁶. Sin embargo, no podemos olvidar que probablemente la mayoría de los motivos por los que la mujer decide no comunicar su embarazo están relacionados con el deseo de proteger su derecho a la intimidad y con el miedo al despido, a una posible discriminación laboral⁷⁸⁷ (por ejemplo en los supuestos de periodos de prueba⁷⁸⁸), a la no prórroga del contrato, a cambios en sus condiciones laborales o a la discriminación en el empleo; en definitiva se trata de temores a posibles perjuicios en sus derechos y expectativas, por lo que se deberá hacer especial hincapié en las consecuencias positivas frente a las negativas que presenta esta comunicación. A modo de ejemplo, en términos generales y en presencia de agentes biológicos, los efectos más graves ocurren durante el primer trimestre de embarazo; periodo en el que la mujer embarazada se puede encontrar más desprotegida frente a los riesgos laborales, ya que con frecuencia no ha comunicado su estado al empresario y éste no es evidente a simple vista⁷⁸⁹.

Por tanto, es necesario el fomento de iniciativas que muestren a las trabajadoras la enorme importancia de esta comunicación y que una pronta actuación preventiva puede evitar importantes daños derivados del trabajo tanto para la mujer como para el feto y futuro hijo. Bajo un prisma preventivo, se deben articular dos tipos de medidas:

- 1. Acciones formativas e informativas:** dirigidas a mujeres que estén asignadas a puestos de trabajo con riesgo para la maternidad (es decir, no incluidos en el listado de puestos de trabajo exentos de riesgo), de acuerdo al art. 18 LPRL. Estas acciones se deben centrar en los riesgos específicos de su puesto de trabajo, que

⁷⁸⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., pág. 360.

⁷⁸⁶ Opinión extendida entre diversos autores, entre los que destacamos: MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 217. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Protección antidiscriminatoria...”, op. cit., pág. 37.

⁷⁸⁷ NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., “Políticas de tutela...”, op. cit., pág. 42.

⁷⁸⁸ STSJ de Cataluña de 20/06/2011.

⁷⁸⁹ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSSST), “Directrices para la evaluación...”, op. cit., pág. 36.

pueden resultar nocivos para el embarazo y la lactancia y en la necesidad de la pronta comunicación de la situación (embarazo, parto reciente o lactancia materna y, en ciertos casos, preconcepción) para que se puedan poner en marcha las medidas preventivas adecuadas al objeto de salvaguardar su salud y la de su descendencia⁷⁹⁰. La trabajadora debe ser consciente de la trascendencia de informar al empresario para evitar riesgos para su salud o la de su futuro hijo; si desconoce los riesgos que puede implicar para su embarazo o lactancia el desarrollo de una actividad concreta (propia de su puesto de trabajo), difícilmente será exigible el deber de colaboración de la trabajadora^{791 792}. Por tanto, la comunicación entre el prevencionista y las trabajadoras se convierte en un “factor prioritario para una gestión eficiente del riesgo laboral”⁷⁹³. Asimismo, si no lo comunica y el empresario adopta medidas específicas cuando ya es notorio el embarazo, puede tener consecuencias negativas, pues los primeros meses de la gestación son los que concentran el mayor peligro para el feto, coincidiendo con el periodo de la organogénesis^{794 795}.

2. Procedimiento o protocolo de comunicación del embarazo o la lactancia al empleador: que se deberá elaborar e implantar en la empresa, en el que se destaquen los efectos beneficiosos que puede tener tanto para la trabajadora como para su descendencia la pronta actuación de la trabajadora. Este documento debe ser sencillo y ágil para evitar retrasos en la acción preventiva y protectora.

Por último, precisar que no creemos efectivas las medidas muy proteccionistas de la mujer trabajadora embarazada, puesto que pueden generar un problema añadido: dificultades de las mujeres para el acceso al mercado de trabajo, especialmente las que se encuentren en edad fértil⁷⁹⁶.

⁷⁹⁰ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Directrices para la evaluación...”, op. cit., págs. 11 y 37. En el mismo sentido, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El riesgo...”, op. cit.; PÉREZ DEL RÍO, M.T., BALLESTER PASTOR, M.A., “Mujer y salud...”, op. cit., págs. 62-63.

⁷⁹¹ NAVARRO NIETO, F., “La problemática jurídica...”, op. cit., pág. 49.

⁷⁹² NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., “Políticas de tutela...”, op. cit., pág. 42.

⁷⁹³ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Directrices para la evaluación...”, op. cit., pág. 14.

⁷⁹⁴ IGARTUA MIRÓ, M. T., “Prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 270.

⁷⁹⁵ MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pág. 215.

⁷⁹⁶ GARCÍA VIÑA, J., “La obligación del empresario...”, op. cit., págs. 63-77.

2.7. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

A continuación, exponemos de una manera breve y concisa el resumen de cada epígrafe de este *Capítulo* y las principales conclusiones que se derivan de los mismos:

En primer lugar, la normativa reguladora del nivel proteccionista de la mujer trabajadora embarazada, parto reciente o lactancia natural, en los distintos ámbitos estudiados ponen de manifiesto la gran variedad de normas y contenidos que regulan aspectos similares, tanto a nivel internacional, europeo y nacional.

A nivel internacional, destacamos los convenios de la OIT números 3 (1919), 103 (1952) y 183 (2000), éste último no ratificado por España. Estos textos regulan la protección de la maternidad en las relaciones laborales desde diferentes puntos de vista: descanso por maternidad y por las enfermedades derivadas del embarazo o parto, prestaciones económicas y médicas, protección de la lactancia, protección del empleo, etc. El paso de los años nos ha permitido ver la positiva evolución de estos convenios, llegando al máximo nivel proteccionista con el texto del año 2000 que, entre otras consideraciones establece –en líneas generales– que: 1) la licencia por maternidad debe ser al menos de catorce semanas de duración; 2) debe haber una licencia por enfermedad o complicaciones derivadas del embarazo o el parto; 3) las prestaciones económicas no deberán ser inferiores a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer; 4) las prestaciones médicas que se presten a la madre y el neonato deberán ser la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del mismo, así como la hospitalización cuando sea necesario; 5) la mujer tiene derecho a una o varias interrupciones o a la reducción de su jornada laboral para la lactancia del neonato; 6) está prohibido el despido de la mujer embarazada que esté trabajando o durante los descansos por maternidad o lactancia natural; 7) se debe garantizar a la mujer el retorno a su puesto de trabajo o equivalente con la misma remuneración, tras la maternidad; y 8) la maternidad no debe constituir una discriminación en el empleo o acceso al mismo. La mujer que solicita un empleo, no está obligada a presentar certificado médico en el que se afirme si se encuentra embarazada o no, así como tampoco podrá ser obligada a someterse a un examen médico con el mismo objeto.

Continuando con las normas de la OIT, destacamos las Recomendaciones números 95 (1952) y 191 (2000), que interpretan, complementan –y amplían en ocasiones– las diferentes medidas proteccionistas de los Convenios números 103 y 183 respectivamente. Probablemente, el contenido más interesante se encuentre en el texto del año 2000, que plantea medidas muy similares a las que se establecen en los art. 15 LPRL –los principios de la acción preventiva– y en el 26 LPRL –protección de la maternidad– que contienen la esencia del sistema proteccionista de la mujer embarazada, parto reciente o lactancia natural en materia de seguridad y salud laboral. Sobre la no ratificación del Convenio número 183 de la OIT por parte de España –y un número importante de países de la Unión Europea–, debemos concluir que sería

necesario hacer un análisis en profundidad en el que se pueda reflexionar sobre los motivos y las consecuencias por los que no se produce este hecho. Algunos autores, han manifestado que el Estado español no se encuentra en condiciones de garantizar el art. 6 de esta norma, referido a las prestaciones económicas y médicas de las madres trabajadoras.

Cerrando el bloque de normativa internacional, nos referimos a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y a la Carta Social Europea (1961). La primera norma establece medidas antidiscriminatorias en diferentes ámbitos: licencia por maternidad, protección en el lugar de trabajo, protección del empleo y conciliación de la vida familiar y laboral. En general, son medidas proteccionistas genéricas que no determinan aspectos concretos de las relaciones laborales que deban imponerse para la protección de la mujer trabajadora. Sí nos ha resultado novedoso –sobre todo teniendo en cuenta el año en el que se aprobó–, el contenido que se refiere a la conciliación de la vida familiar y laboral, proponiendo que se adopten medidas para facilitar a los padres al objeto de que puedan combinar sus obligaciones familiares con las laborales, incidiendo en el incentivo de acciones para crear red de servicios destinados al cuidado de los menores. A pesar de que España sí ratificó la Convención de 1979, es preciso indicar que se han producido procesos judiciales en los que se ha puesto de manifiesto que nuestro ordenamiento jurídico interno no tiene mecanismos procedimentales que le otorguen la validez y eficacia necesaria a los dictámenes emanados por el CEDAW. En nuestra opinión, se deberían articular los medios para que el poder legislativo pudiera, de alguna forma prevista y amparada por la CE, legitimar los acuerdos que emanan del CEDAW y poder dotarlos de validez jurídica en el Estado español. En caso contrario, entendemos que carecería de sentido la ratificación efectuada por España. La segunda norma, la Carta Social Europea (CSE) fue aprobada en 1961 y revisada en 1996, texto que España ha ratificado en 2021. Se trata del Tratado Internacional más importante en cuanto a la protección de los derechos humanos sociales, estableciendo un nivel de protección más elevado que el de las normas estatales. Establece medidas de protección para las trabajadoras embarazadas o parto reciente sobre el descanso maternal (de al menos catorce semanas de duración), despido (queda prohibido desde la comunicación del embarazo hasta que finalice el descanso por maternidad) y seguridad y salud laboral (prohíbe trabajos subterráneos durante los periodos citados y determina compromiso para regular el trabajo nocturno).

En el ámbito comunitario, la Directiva marco 89/391/CEE contiene el marco jurídico general en el que opera la política comunitaria de Prevención de Riesgos Laborales, garantizando unos requisitos mínimos en toda Europa. Como consecuencia de ésta, se aprobó la décima directiva específica a la que hacía referencia el art. 16 de la Directiva marco, la Directiva 92/85/CEE sobre protección de la maternidad, que se centraba en dos ámbitos concretos: proteger a la mujer trabajadora frente a los riesgos laborales y proteger a la maternidad como institución que debe defenderse frente a

situaciones discriminatorias en el ámbito laboral. Así, esta norma establecía la obligatoriedad de realizar evaluaciones de riesgos laborales para aquellos puestos de trabajo que estuvieran ocupados por trabajadoras embarazadas, parto reciente o lactancia natural. Igualmente determinaba el triple sistema proteccionista basado en: 1) adaptación del puesto de trabajo; 2) Cambio de puesto de trabajo; y 3) Suspensión del contrato. A nivel de protección de la maternidad, la Directiva prohibía el despido basado en la maternidad, derecho al que se podían acoger las trabajadoras desde el comienzo del embarazo hasta el fin del permiso por maternidad. Tras ese momento, la Directiva 2006/54 continúa el nivel proteccionista, determinando que la mujer después de finalizar el permiso por maternidad, tiene derecho 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.

En España, la LPRL tuvo su origen en la transposición de la Directiva 89/391/CEE, hecho que se produjo de forma tardía en nuestro ordenamiento jurídico, pero que recogía toda la esencia de la Directiva marco, dedicando el art. 26 a la protección de la maternidad, en el que se recoge el triple sistema protector ya comentado.

En segundo lugar, las medidas preventivas, protectoras y promotoras de la maternidad en el ámbito laboral, constituyen la tutela preventiva de la mujer trabajadora embarazada o en periodo de lactancia. La evolución histórica nos ha permitido reflexionar sobre el origen de estas medidas, que nacieron como instrumentos de protección de los trabajadores “más débiles”: los niños y las mujeres. En los comienzos del siglo XX se aprobaron diversas normas que, sin duda, fueron un importante avance en la protección de la maternidad que, sin embargo, olvidaban el carácter económico de las medidas a implantar. Tras la ratificación del Convenio número 3 de la OIT, se aprobó el Real Decreto de 21 de agosto de 1923, que intentaba paliar esta situación, acordando el establecimiento de una prestación económica diaria y las bases para el establecimiento de una “Caja del Seguro obligatorio de Maternidad”. Dos normas de marcado carácter técnico sentaron las bases del sistema técnico preventivo actual: 1) Reglamento general de Seguridad e Higiene en el Trabajo (31/01/1940); y 2) Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, normas que han pervivido hasta la CE de 1978.

Con la aprobación de la CE, se produce un importante cambio en la concepción proteccionista y defensora de la mujer respecto a los riesgos derivados del trabajo. Se introduce un nuevo enfoque del trabajo de la mujer basado en: 1) la prohibición de toda forma de discriminación por razón de sexo, a partir del principio de igualdad para toda la ciudadanía (art. 14 CE); y 2) el reconocimiento del derecho al trabajo sin discriminación por razón de sexo (art.35 CE). El marco de la CE ha permitido el

desarrollo de una amplia y variada normativa relacionada con la seguridad y salud en el trabajo, las relaciones laborales y el sistema público protector de seguridad social frente a las contingencias profesionales.

El primer nivel de tutela de la maternidad en el ámbito laboral, se refiere a la acción preventiva, que se desarrolla principalmente a través de la LPRL, en la que se establecen las medidas que se deben adoptar para garantizar la seguridad y la salud de la mujer trabajadora, de su feto o en su caso, del hijo lactante. Estas medidas proactivas de prevención de riesgos laborales que se aplican sobre los condicionantes de la maternidad se estructuran en base a: 1) la eliminación de los riesgos laborales a los que se pueda encontrar expuesta la mujer trabajadora, tomando como base la aplicación de los principios de la acción preventiva (art. 15 LPRL); 2) la evaluación de los riesgos laborales, refiriéndonos a la evaluación genérica del puesto de trabajo, aunque teniendo en cuenta la posibilidad de que sea ocupada por una mujer en un estado biológico concreto (art. 16 LPRL); y la evaluación de riesgos adicional que se realiza cuando hay conocimiento de que el puesto sea ocupado efectivamente por una mujer en las situaciones biológicas comentadas; 3) la planificación de la actividad preventiva al objeto de que se garantice la efectiva ejecución de las medidas preventivas propuestas en las evaluaciones de riesgos laborales ya comentadas; 4) el obligatorio listado de puestos de trabajo sin riesgos para la maternidad, regulado en el art. 26 LPRL; y 5) el procedimiento de prevención de riesgos en la empresa, como instrumento para la adaptación de la normativa de prevención y protección de la maternidad a las particularidades empresariales.

La simple exposición de la trabajadora a determinados riesgos, pone en marcha el mecanismo preventivo, por lo que no es necesario que se produzca el daño para que se active la acción preventiva. Sobre la protección de la maternidad, la jurisprudencia entiende que, aunque el riesgo “no se hubiese materializado en un «daño» efectivo para la gestante, no puede por menos que protegerse su acreditada situación de riesgo en términos que «prevengan» la eventualidad de que aquel se produzca” (STSJ de Cataluña de 18/11/2004.)

Sobre la evaluación de riesgos del puesto de la trabajadora, conviene citar la STJUE de 19/10/2017 Asunto Otero Ramos *C-531/15*, en la que se determina que la evaluación debería incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. Por lo que, no se trata únicamente de realizar la evaluación de riesgos específica, sino que habrá que hacerlo con el rigor que exige la normativa. Tras esta trascendente sentencia, la jurisprudencia del TS cambió de dirección, admitiendo la inversión de la carga de la prueba cuando la evaluación de riesgos no se hubiese llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 92/85. Esta evaluación exigía un examen específico de la situación de la trabajadora que tuviera en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo

estarían expuestas a un riesgo. Por ello, se afirmaba que no podía tratarse del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador. Esa falta de especificidad suponía un trato menos favorable para la mujer vinculada a la lactancia, constituyendo una discriminación directa por razón de sexo. En resumen, el TS determina que la carga de la prueba recae sobre el empresario, que es quien dispone del principio de facilidad probatoria para poder determinar la incidencia que los riesgos puedan o no tener en la mujer en los supuestos de embarazo y lactancia. En nuestra opinión, es acertado el cambio de dirección del TS, que hace recaer la determinación de la especificidad de los riesgos, sobre la propia evaluación que realizan los servicios de prevención. Se propone que el legislador realice los cambios normativos necesarios para que se pueda dotar de herramientas al técnico de PRL para elaborar las evaluaciones en base a criterios únicos y uniformes, incorporando para ello, los criterios técnico jurídicos que emanan del INSST y de la propia jurisprudencia. Asimismo, es igualmente oportuno incluir en el art. 26 LPRL la obligación de informar a la trabajadora embarazada o lactante, sobre los riesgos específicos a los que estuviera expuesta y las medidas preventivas a aplicar, puesto que el conocimiento expreso de la mujer, podría contribuir a que comunicara al empresario su estado biológico concreto y así poder activar la evaluación adicional de su puesto de trabajo. Siguiendo así el mismo esquema que se establece en el art. 4.2 de la Directiva 92/85/CEE.

A nivel de empresa, es esencial que se articulen todas las medidas dirigidas a la protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo, a través de un procedimiento de prevención, como instrumento para la adaptación de la normativa a las particularidades empresariales. Así, se trata de concienciar a las trabajadoras para que, cuanto antes, informen al empresario de su estado biológico, así como la aplicación de las medidas preventivas que establece el art. 26 LPRL.

El segundo nivel de la tutela de la maternidad, la acción protectora, se centra esencialmente en el art. 26 LPRL. En el mismo, se configura la secuencia de medidas correlativas que deberán adoptarse en el ámbito de la protección de la maternidad: 1º) adaptación del tiempo o condiciones de trabajo; 2º) cambio de puesto de trabajo compatible con el estado biológico de la trabajadora, y 3º) suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

En cuanto a la adaptación, nos referimos a la adaptación física, la adaptación del tiempo de trabajo y la adaptación en base a los efectos propios del embarazo. En esta medida es esencial que la trabajadora mantenga el nivel retributivo que le corresponde en cumplimiento de la Directiva 92/85/CEE, puesto que, de lo contrario, se produciría una discriminación directa por razón de sexo por todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad. Así la reciente STS de 24/01/2017, concluye que en el supuesto que a la trabajadora no se le retribuya de acuerdo a su puesto de trabajo, tal y como si estuviera trabajando físicamente en la

empresa, se situaría a la trabajadora en un “nivel de tratamiento retributivo inferior incluso a la situación de no prestación de servicios, con lo que se pone en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas”.

El cambio de puesto se producirá cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, cuando a pesar de la adaptación, las condiciones de un puesto pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada, del feto o del lactante. En nuestra opinión, la imposibilidad de adaptación del puesto debería ser objeto de una modificación normativa, puesto que, tal y como está configurado el precepto, se trata de un supuesto impreciso y con cierto nivel de inseguridad jurídica, otorgando al empresario un amplio margen de actuación, que le permitiría hacer un uso arbitrario de este supuesto.

La última medida protectora contemplada en el art. 26 LPRL, se refiere a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo en el embarazo o riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses. Se trata de una medida excepcional, que únicamente podrá llevarse a cabo cuando: 1º) se constate que hay un riesgo que puede afectar negativamente sobre la salud de la mujer y la de su feto o hijo; 2º) que no es posible la adaptación del tiempo o del puesto de trabajo o que dicha adaptación no elimina el riesgo; y 3º) que igualmente no sea posible el traslado de la trabajadora a un puesto o función diferente y compatible con su estado biológico, aplicando los principios de la movilidad funcional o incluso a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría profesional. Sobre la edad del lactante, en nuestra opinión el legislador no debió referirse únicamente a los menores de nueve meses, puesto que, si queda demostrado que la exposición a un determinado riesgo produce un daño a la salud de la madre o del lactante, perjudicando en definitiva el acto de la lactancia natural, el hecho de que el menor tenga una edad superior a nueve meses, no implica que desaparezca el riesgo para su salud.

En nuestra opinión, se deben fomentar las acciones preventivas que vayan dirigidas a la adaptación del tiempo o condiciones de trabajo y al cambio de puesto de la trabajadora, en detrimento de la suspensión del contrato. Consideramos que las medidas de bonificación del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, para los casos de cambio de puesto de trabajo, que anualmente se aprueban en la LPGE, son muy positivas e incentivan el cumplimiento preventivo empresarial.

La ambigüedad o imprecisión jurídica ante la forma de justificar la imposibilidad de cambio de puesto de trabajo (el cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados), puede facilitar la suspensión del contrato como medida para afrontar la problemática de la protección de la maternidad. Por ello, entendemos que es necesario un cambio en la norma que evite el uso arbitrario de la suspensión del contrato (medida de carácter excepcional) en lugar de los principios generales de la PRL (adaptación y cambio).

El tercer nivel de tutela de la maternidad en el ámbito laboral, lo encontramos en la promoción de la salud en el trabajo (PST), que se define como aunar el esfuerzo de empresarios, trabajadores y la sociedad para mejorar la salud y el bienestar de las personas en el lugar de trabajo. Se debe fomentar la cultura de la salud potenciando hábitos saludables en el entorno laboral, siempre visto como una mejora de la salud de los trabajadores, que participan de forma voluntaria en los mencionados programas de PST. Se valora de forma muy positiva el fallo de la STS de 26/06/2018, en el que se estima la responsabilidad del empresario en el mantenimiento y mejora de las condiciones de salud y en la consecución de espacios y entornos laborales menos hostiles, hecho que no es posible sin la participación de los propios trabajadores. A nivel de maternidad, la PST se basa en la educación para la salud y en la creación de entornos que eviten los riesgos, faciliten elecciones saludables y ayuden a la mujer a hacer frente a las posibles molestias que surgen durante las diferentes etapas de su maternidad. Se deben combinar acciones obligatorias (art. 26 LPRL) y voluntarias (PST). Las principales medidas en esta materia pasarían por el establecimiento de una política sobre la protección, promoción y apoyo de una maternidad saludable en el trabajo; crear entornos saludables y “amigables”; y formar e informar a los trabajadores sobre este tipo de medidas.

Con relación al tratamiento que la negociación colectiva proporciona a la protección de la maternidad en el ámbito laboral, se han abordado los convenios colectivos publicados en BOE en un amplio periodo de tiempo. De este análisis, destacamos que la mayoría de los convenios contienen escasas medidas concretas, en gran parte de los casos redactan un texto casi literal que el establecido en la norma, remitiendo en numerosas ocasiones al art. 26 LPRL. En términos generales, podemos afirmar que la negociación colectiva no realiza aportaciones significativas en este ámbito. Sin embargo, si se han detectado casos de convenios que recogen medidas que mejoran sustancialmente el sistema protector de la maternidad. Muchas de éstas son innovadoras y fácilmente aplicables por una gran mayoría de empresas, no requiriendo el empleo de elevados recursos para su aplicación directa. Por ello, entendemos que la negociación colectiva debe aumentar los esfuerzos por incluir medidas específicas en los convenios, de forma que supongan un verdadero instrumento para mejorar las condiciones laborales de las trabajadoras y no un mero transmisor de la normativa.

En tercer lugar, sobre el reconocimiento médico como instrumento de vigilancia de la salud de la trabajadora embarazada, regulado esencialmente en el art. 22 LPRL, se concluye que la voluntariedad es la regla general, que vendrá exceptuada por varios supuestos en los que se estima la obligatoriedad de estos reconocimientos. Estas excepciones se basan en la necesaria evaluación de los efectos que las condiciones de trabajo pueden ocasionar sobre la salud de los trabajadores y en la determinación del peligro que puede ocasionar el estado de salud del trabajador hacia sí mismo o hacia terceras personas. Asimismo, será igualmente obligatorio el reconocimiento médico

cuando así se disponga en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En cuanto a la obligatoriedad de la vigilancia de la salud, la jurisprudencia no tiene un criterio único aplicable a todas las situaciones, sino que establece las consecuencias teniendo en cuenta las circunstancias aplicables a cada caso. El criterio para clasificar las numerosas resoluciones judiciales radica en el cumplimiento específico de alguna de las tres excepciones que establece la LPRL. Así, se estima obligatorio el reconocimiento para aquellos trabajadores o terceras personas que deban estar expuestas a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, determinando que existen empresas y sectores de actividad que presentan de manera inequívoca estos riesgos y que por tanto tendrán trabajadores especialmente afectados por los mismos. La imprescindibilidad de estos reconocimientos es la clave para determinar su carácter obligatorio, por lo que la empresa debe justificar suficientemente la importancia de llevar a cabo la vigilancia de la salud en un determinado puesto de trabajo. En este sentido, que un reconocimiento médico sea necesario, no significa que sea imprescindible, sino que la práctica del mismo debe ser inevitable para evaluar los riesgos que afectan a la salud del trabajador.

Los reconocimientos médicos no deben ser un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Sino al contrario, se configura como un derecho del trabajador, que puede ser restringido por determinadas excepciones. Es fundamental que se apliquen con sentido jurídico y teniendo en cuenta la supremacía del principio de voluntariedad, puesto que lo que está en valor es la garantía de un derecho fundamental (art. 18 CE); y ello debe concordar con el criterio interpretativo clásico de que las excepciones a la regla general habrán de interpretarse de manera restrictiva. Se trata, en definitiva, de un juego de intereses en el que la clave radica en la forma de conjugar el deber empresarial de protección de los trabajadores, con el respeto al derecho a la intimidad del trabajador. Y todo ello, se acentúa en los casos de trabajadores especialmente sensibles, por el riesgo de discriminación laboral y social que se puede presentar en – por ejemplo–, los casos de mujeres embarazadas.

En cuanto a la vigilancia de la salud dirigida a las trabajadoras embarazadas, en parto reciente o durante la lactancia natural, precisar que persigue unos objetivos específicos muy concretos y cuya materialización –a través del reconocimiento médico– será determinante para concluir si es necesaria una tutela reforzada. Para ello, es esencial la colaboración y comunicación entre facultativos, de forma que el médico del trabajo y el médico que supervisa el embarazo puedan detectar en fase temprana cualquier alteración que pudiera estar relacionada con las condiciones de trabajo y actuar en consecuencia. Así, se permitiría ajustar las condiciones laborales a

la situación específica de la trabajadora. El reconocimiento médico será obligatorio cuando sea indispensable para determinar si las actividades del puesto de trabajo son compatibles con el estado biológico de la mujer, siendo la vía más directa para poder evaluar los efectos que pueden producir sobre la salud de la trabajadora las condiciones de trabajo de su puesto.

Para la efectiva realización de la vigilancia sanitaria, deben aplicarse los mismos protocolos que para el resto de la población trabajadora. Es decir, no hay protocolos específicos que se apliquen en los reconocimientos médicos de las trabajadoras que se encuentren en determinadas situaciones biológicas. Por ello, los profesionales sanitarios deberían contar con un protocolo de vigilancia sanitaria específica dirigido a trabajadores especialmente sensibles de forma genérica, aunque en cada caso particular se tuvieran en cuenta los trabajos concretos y efectivos que realmente se realizan. Así, sería recomendable utilizar un modelo de historia clínica laboral (previamente definido), que recoja los principales datos personales de la trabajadora y factores de riesgo a los que puede estar expuesta. Esta herramienta permitiría estandarizar y protocolizar la actuación de la vigilancia sanitaria de las trabajadoras en situación de maternidad.

En cuarto y último lugar, con relación a la comunicación del embarazo al empresario, destacamos que la información sobre su estado biológico forma parte de su intimidad personal y se encuentra recogido como un derecho fundamental en el art. 18.1 CE y como un derecho de los trabajadores en el art. 4.2.e) LET; por ello, es necesario alcanzar un adecuado equilibrio entre la garantía del cumplimiento de este derecho fundamental y la protección de la seguridad y salud de la mujer embarazada y la de su futuro hijo.

La Directiva 92/85/CEE establece como requisito esencial que la trabajadora embarazada comunique su estado biológico al empresario con el objetivo no sólo de proteger la salud de la mujer embarazada y la de su feto, sino igualmente la protección de su empleo. Sin embargo, la normativa interna (art. 26 LPRL) no incluyó el requisito de la comunicación como una condición necesaria para el despliegue de toda la acción preventiva del empresario, por lo que diversos autores consideran que esta obligatoriedad debe estar justificada únicamente por razones preventivas, pero no por cualquier otro motivo empresarial. Sin embargo, en nuestra opinión, no debe operar la obligatoriedad aun cuando su propósito fuera la protección integral de la mujer y de su feto, puesto que, no podemos olvidar que la acción preventiva empresarial no debe estar supeditada a la previa comunicación de la situación de embarazo. Así, el empresario deberá prever en la evaluación de riesgos –inicial o periódica– de cualquier puesto de trabajo, el hecho de que pueda ser ocupado circunstancialmente por una mujer embarazada; realizando a posteriori la evaluación de riesgos adicional cuando conozca la situación de embarazo de la trabajadora. La acción preventiva y protectora –completa y específica– que debe adoptar el empresario de acuerdo al art.

26 LPRL, se realizará aun cuando no tenga conocimiento del embarazo de la trabajadora, dejando la evaluación que plantea el INSST cuando sea conocido el estado biológico.

En cuanto al posible incumplimiento laboral de la trabajadora con motivo de la no comunicación de su embarazo a la empresa, la jurisprudencia determina que los deberes de información y cooperación que se establecen en la LPRL, no pueden interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación, por lo que, no existiendo obligación, tampoco puede haber un incumplimiento sancionable; argumentos jurídicos que compartimos. Sin embargo, hay un sector doctrinal que considera que la ocultación del embarazo puede tener la consideración de incumplimiento laboral, pudiendo ser sancionada la trabajadora por tal motivo. Esta postura no la consideramos acertada, puesto que no la recoge como tal la jurisprudencia y como opinan algunos autores, una sanción por ocultar su estado biológico sería tan grave como despedirla por estar embarazada.

A nivel jurisprudencial, la STSJ de Madrid de 18/05/2000 se revela como una resolución esencial para comprender la conexión que existe entre el requisito de comunicar el embarazo establecido en el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE y el despliegue de la actuación preventiva empresarial del art. 26 LPRL, en la que incide en la no obligatoriedad de comunicar el estado biológico, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva.

Desde el punto de vista preventivo, entendemos que es fundamental que la trabajadora comunique su estado biológico al empresario, para que todo el sistema preventivo y proteccionista empresarial en materia seguridad y salud laboral de la trabajadora embarazada se ponga en funcionamiento. La cuestión debe centrarse en el perjuicio en la salud que puede originarle para ella misma y para su feto o hijo que no comunique su situación personal al empleador. Sin embargo, debe quedar claro que la norma no condiciona la protección de la trabajadora a la previa comunicación del embarazo, debiendo el empresario adoptar medidas específicas, con independencia del estado biológico de la trabajadora.

Nuestra propuesta, que va dirigida al fomento de iniciativas que muestren a las trabajadoras la enorme importancia de esta comunicación, se resume en dos tipos de medidas: 1) acciones formativas e informativas dirigidas a mujeres que estén asignadas a puestos de trabajo con riesgo para la maternidad; y 2) elaboración e implantación de un protocolo o procedimiento o de comunicación del embarazo o la lactancia al empleador, destacando los efectos beneficiosos que puede tener tanto para la trabajadora como para el feto la pronta actuación de la trabajadora.

CAPÍTULO 3

La protección laboral de la maternidad

3.1. INTRODUCCIÓN

El tercer *Capítulo* de nuestro estudio está dedicado al segundo nivel que hemos determinado dentro de las políticas de tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: el acceso, la permanencia y la salida del mercado de trabajo, de la mujer embarazada, en parto reciente o durante la lactancia. Se trata de determinar cuáles son las reglas que regulan estos aspectos concretos, deteniéndonos en aquellos casos en los se plantee una problemática jurídica concreta y tanto la doctrina como la jurisprudencia aporten diferentes soluciones al hecho objeto de estudio.

Tradicional e históricamente, la mujer ha sustentado el trabajo doméstico y el cuidado de familiares, ocupándose de las “tareas reproductivas”, frente al hombre, como protagonista en exclusiva del trabajo fuera del hogar y responsable del sustento económico familiar, realizando “tareas productivas”⁷⁹⁷. Como se ha plasmado en la *Introducción y cuestiones generales* de este estudio, los indicadores sociolaborales en materia de maternidad ponen de manifiesto que en las últimas décadas se ha producido una progresiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Ante esta nueva realidad social, en materia de protección laboral de la maternidad, el legislador ha articulado diferentes mecanismos proteccionistas, encargados de regular cuestiones como el descanso por nacimiento, los permisos para el cuidado de hijos o familiares, las reducciones de jornada por idénticas razones, las prestaciones de la Seguridad Social destinadas a paliar el descenso de recursos económicos en determinadas circunstancias, etc.

En este sentido, la legislación laboral establece garantías específicas para la protección de la mujer trabajadora embarazada, en puerperio o durante la lactancia natural o artificial, en diferentes ámbitos de las relaciones laborales. Asuntos que vamos a tratar en este *Capítulo*.

En primer lugar, se han abordado las garantías reforzadas que giran en torno al acceso al empleo y a la contratación ante determinadas situaciones biológicas. Este nivel proteccionista se ha tenido en cuenta para los contratos para la formación y el aprendizaje, estableciendo la interrupción del periodo máximo de los mismos, con ocasión de situaciones relacionadas con el nacimiento o la adopción. Asimismo, la duración del periodo de prueba igualmente se podría interrumpir durante estas situaciones concretas.

En segundo lugar, con relación al tiempo de trabajo, se ha realizado un análisis jurídico y un estudio jurisprudencial de la problemática del disfrute del permiso para el cuidado del lactante, el permiso por nacimiento de hijo prematuro o que deba estar hospitalizado a continuación del parto y las vacaciones anuales en su relación con la maternidad y la lactancia. Así, en el caso del permiso para el cuidado del lactante, se ha

⁷⁹⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La protección jurídico-laboral de la maternidad: algunas cuestiones pendientes”, *Temas Laborales*, núm. 82, 2005, pág. 48.

analizado la problemática que gira en torno a las diferentes modalidades de disfrute (ausencia del puesto de trabajo durante una hora, reducción de la jornada en media hora o la acumulación en jornadas completas), poniendo especial énfasis en las diferentes reformas legislativas que se han aprobado en los últimos años y en particular al esquema del precepto que ha configurado el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁷⁹⁸. En cuanto al permiso por nacimiento prematuro de hijo o hija o que deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, se ha realizado un estudio de la evolución de este derecho y su compatibilidad con otros de naturaleza análoga. Así, se puede ejercer bajo la modalidad de ausencia de su puesto de trabajo durante una hora (con el mantenimiento de su retribución); y bajo la modalidad de la reducción de la jornada durante dos horas, con la consiguiente disminución proporcional del salario. Igualmente se ha analizado la compatibilidad entre el derecho al disfrute de las vacaciones anuales y la protección de la maternidad, expresada a través del permiso por nacimiento, así como el permiso para el cuidado del lactante. El estudio se ha centrado en determinar los orígenes de este derecho, así como la influencia de los fallos judiciales que han emanado del TJUE en la configuración de la normativa interna. Asimismo, se ha realizado un planteamiento sobre los supuestos que se encuentran incluidos, especialmente los referidos a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural.

En tercer lugar, con relación a la suspensión del contrato de trabajo, se ha realizado una revisión legislativa, doctrinal y jurisprudencial sobre la suspensión del contrato: 1) por nacimiento biológica; 2) por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento; y 3) del progenitor distinto de la madre biológica. Así, se ha abordado la evolución normativa en las últimas décadas hasta la reforma de 2019. Sobre el nacimiento, se ha contemplado el nacimiento ordinario, el nacimiento múltiple, los neonatos prematuros o que deban permanecer hospitalizados tras el parto, la discapacidad del recién nacido y la acumulación de periodos de suspensión de distintos supuestos. Se ha elaborado un discurso jurídico fundamentado en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la configuración de este derecho, la titularidad, los requisitos formales para su disfrute y las particularidades del mismo. Por último, se han analizado las consecuencias de la reincorporación al puesto de trabajo y las reglas que establece el legislador para garantizar que su vuelta al puesto se realiza bajo las mismas condiciones que el resto de la plantilla.

En cuarto lugar, hemos recopilado las dos causas de suspensión del contrato de trabajo relacionadas directamente con las condiciones de trabajo y la puesta en práctica del art. 26 LPRL: riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia

⁷⁹⁸ Sobre este Real Decreto-ley, véase MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Nuevas medidas de Seguridad Social...", op. cit., págs. 13-28.

natural. Si bien, no se ha realizado un estudio en profundidad puesto que, las causas, es decir, el origen de esta suspensión deviene de la normativa preventiva; y las consecuencias de estas suspensiones hay que buscarlas en la normativa prestacional, en el ámbito de la Seguridad Social. Por ello, nos remitimos a los *Capítulos 2 y 4* respectivamente de este estudio.

Y en quinto y último lugar, con relación a la extinción de la relación laboral, se han estudiado los diferentes supuestos del despido de la trabajadora en situación de maternidad, por causas objetivas y disciplinarias. El eje sobre el que gira nuestra argumentación se asienta sobre la garantía de la nulidad del despido en su relación con el criterio de la temporalidad. Asimismo, como asunto novedoso se han estudiado en la jurisprudencia los casos más recientes sobre la extinción del contrato durante el periodo de prueba y en los despidos colectivos. En este último caso, ha sido esencial la postura que ha manifestado el TJUE, sobre una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Cataluña. Lo veremos en su epígrafe correspondiente.

3.2. EL ACCESO AL EMPLEO Y LA CONTRATACIÓN

En este epígrafe, se analiza el sistema protector para las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o lactancia natural, frente a potenciales situaciones de discriminación en el acceso al empleo y la contratación. Asimismo, se estudian las excepciones que establece la normativa en cuanto a la duración de determinados contratos de trabajo y del periodo de prueba para este tipo de trabajadoras⁷⁹⁹.

3.2.1. Situaciones discriminatorias en el acceso al empleo

Como punto de partida con relación al marco normativo, tomamos como referencia fundamental el art. 14 CE: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Aplicando este principio genérico de no discriminación al ámbito laboral, el legislador establece que, con relación al trabajo, los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por: 1) razones de sexo; 2) estado civil; 3) edad dentro de los límites marcados por la LET; 4) origen racial o étnico; 5) condición social; 6) religión o convicciones; 7) ideas políticas; 8) orientación sexual; 9) afiliación o no a un sindicato; y 10) razón de lengua, dentro del Estado español (art. 4.2.c LET). Más concretamente, sobre el ámbito subjetivo de nuestro estudio, nos referimos al art. 3 LOIMH, en el que se establece que el principio de

⁷⁹⁹ Sobre las situaciones de discriminación por razón de sexo, que se originan en la reincorporación de la trabajadora tras la finalización del periodo de suspensión del contrato por nacimiento, véase epígrafe 3.4.7 de este *Capítulo*.

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. Así, de manera más concreta, el art. 5 LOIMH define el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. Por último, el art. 8 LOIMH, determina que constituye discriminación directa por razón de sexo, todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, precepto que se ajusta a nuestro ámbito de estudio.

A nivel comunitario, el considerando 19 de la Directiva 2006/54/CE, garantiza la igualdad de acceso al empleo y a la formación profesional capacitadora, como fundamento esencial para la aplicación de este principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres⁸⁰⁰. En el mismo sentido, el art. 14 a) determina que no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con a las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción. Dentro del concepto de discriminación se incluye el “trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE”. Asimismo, considera que las disposiciones que interrumpen el mantenimiento o la adquisición de derechos durante el período de permiso por maternidad, son contrarias al principio de igualdad de trato entre sexos.

Por tanto, se trata de un marco normativo relativamente sencillo, en el que todo gira en torno a la prohibición de conductas discriminatorias hacia las mujeres trabajadoras en determinadas situaciones biológicas. En nuestra opinión, la dificultad estriba en definir el concepto de discriminación como “trato desfavorable”, relacionado con el embarazo o la maternidad, que afecta directamente a las mujeres trabajadoras. Para conocer los límites y el alcance de este trato desfavorable, hacemos un estudio de diferentes resoluciones judiciales, ilustrativas de casos muy específicos sobre el acceso a la contratación de la mujer trabajadora embarazada, en situación de descanso por maternidad o durante la lactancia natural.

Así, inicialmente citamos las SSTJCE de 08/11/1990 Asunto 177/1988 *Dekker* y de 03/02/2000 Asunto C-207/1998 *Mahlburg*, en las que se declaró que, negarse a celebrar un contrato de trabajo, temporal o indefinido, con una candidata que hubiera sido considerada apta para ejercer una actividad concreta, en base a eventuales consecuencias perjudiciales para la empresa (perjuicio económico), que surgirían por la contratación de una mujer embarazada, vulnera el principio de igualdad de trato (arts. 2.1, 2.3 y 3.1 de la derogada Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 09/02/1976,

⁸⁰⁰ Sobre la Directiva 2006/54/CE, véase NAVARRO NIETO, F., “El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, págs. 110-116.

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)⁸⁰¹. En el mismo sentido, el tribunal europeo determina que en su relación laboral, las trabajadoras están protegidas frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad y que una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad es víctima de una discriminación por razón de su embarazo y de ese permiso⁸⁰².

En otro pronunciamiento muy similar, la STJUE de 16/02/2006 Asunto C-294/2004 *Sarkatzis*, declaró que, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, las trabajadoras que se encuentren en permiso de maternidad, deben tener los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo proceso de selección, siendo contrario a la Directiva 76/207/CEE, un aplazamiento en la toma de posesión de estas trabajadoras, hasta la finalización del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad.

A nivel interno, la reiterada y constante doctrina del TC sobre esta materia ha puesto de manifiesto que este tipo de discriminación comprende tanto los tratamientos peyorativos basados en la constatación del sexo de la persona perjudicada, como los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca, como puede ser el embarazo de la trabajadora, asociado de forma indisoluble a la mujer. En este sentido, recientemente la STC núm. 108/2019, de 30/09/2019 resuelve el recurso de amparo presentado por una trabajadora, a la que se le impide la incorporación a una plaza obtenida en proceso selectivo en el INE, sin valorar que la adjudicataria se hallaba en situación de baja por maternidad. Falló, declarando que se vulneró el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo. La actuación del INE ocasionó una discriminación directa contraria al art. 14 CE, por ser mujer en estado de maternidad, resultando esta perjudicada por esa causa, al habersele impedido su derecho de acceso a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, colocándola en una clara desventaja por ser mujer trabajadora y madre. En el texto de la sentencia, destacamos la posición del Ministerio Fiscal, que estaba interesado en el otorgamiento del amparo, puesto que entendía, que la administración perjudicó a la trabajadora por tener la honradez de informar, antes de ser contratada, de una circunstancia que afectaría al desempeño de su trabajo. Asimismo, consideraba que asistía la razón a la demandante, ya que el motivo real por el que el INE no la contrató

⁸⁰¹ Sobre ambas sentencias, véase SÁNCHEZ PÉREZ, J., “Retos pendientes en igualdad...”, op. cit., págs. 124-125.

⁸⁰² STJUE de 18/11/2004 Asunto Sass C-284/02.

es que acababa de ser madre y no podía empezar inmediatamente a desempeñar su trabajo⁸⁰³.

Es decir, aplicado al objeto de nuestro estudio, esta discriminación podría ser, tanto por el hecho de ser mujer, como por estar embarazada o en situación de lactancia natural, o por ambos simultáneamente. En este sentido, el TC considera que, cuando se produce este doble hecho, habría que atender a la “peculiar incidencia” que, con relación a la situación laboral de la mujer, tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto “se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre”⁸⁰⁴. En cualquier caso, la protección de la maternidad, así como de la condición biológica y la salud de la mujer trabajadora, ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales. El perjuicio causado por el embarazo constituye un supuesto de discriminación directa por razón de sexo⁸⁰⁵.

En este sentido, y en el supuesto en el que el empleador tenga titularidad pública –como sucede en el caso objeto de la STC núm. 108/2019–, traemos a colación el art. 51, apartado a) LOIMH, en el que se establece que, las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán “remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional”. Es decir, el órgano administrativo tiene la obligación de “adoptar medidas” para evitar que la maternidad se constituya en un verdadero obstáculo para el acceso al empleo⁸⁰⁶. En caso contrario, incumpliría su obligación de “favorecer cualquier alternativa viable que la garantizare de forma compatible con la prohibición de discriminación por razón de sexo, como la jurisprudencia reseñada y la Ley Orgánica citada requieren”⁸⁰⁷. En el supuesto de que la compatibilidad no llegue a buen término, podría generarse un acto lesivo, siempre que se acredite que “el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos, la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio”⁸⁰⁸. Otros

⁸⁰³ Anula la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10/01/2017. Sobre la STC núm. 108/2019, de 30/09/2019, véase resumen y comentario en ALAMEDA CASTILLO, M.T., “La urgencia e inmediatez en la cobertura del puesto es irrelevante en caso de discriminación en el acceso al empleo público por maternidad: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2019, de 30 de septiembre”, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, núm. 441, 2019, págs. 151-157; y DIARIO LA LEY, “El INE discriminó a una mujer a la que no contrató por su maternidad pese a ser la primera en la convocatoria”, núm. 9.511, Sección Jurisprudencia, 5 de noviembre de 2019, Wolters Kluwer.

⁸⁰⁴ STC núm. 233/2007, 05/11/2007.

⁸⁰⁵ STC núm. 162/2016, de 03/10/2016.

⁸⁰⁶ ROJO TORRECILLA, E., “La protección contra la discriminación...”, op. cit., pág. 7.

⁸⁰⁷ STC núm. 108/2019, de 30/09/2019.

⁸⁰⁸ STC núm. 66/2014, de 05/05/2014.

motivos, basados en consecuencias perjudiciales para la empresa, que surgirían por la contratación de una mujer embarazada, por ejemplo⁸⁰⁹. Este acto lesivo, a juicio del TC, sería un argumento esencial para calificar un hecho como discriminatorio, con independencia de que exista intencionalidad lesiva⁸¹⁰.

El TC va más allá para la calificación de este trato peyorativo, precisando que el principio de no discriminación por razón de sexo, podría vulnerarse igualmente, aún en el caso en el que la relación laboral no se encontrase vigente –por ejemplo, previo a la contratación de la trabajadora–, puesto que “no solo cuando está en curso una relación laboral puede generarse una conducta de esta naturaleza discriminatoria”. Importante matiz que recoge la STC, citando a las SSTC 214/2006 y 66/2014.

Sobre esta STC, la doctrina científica opina que realiza una aportación específica para reforzar y ampliar la protección contra todo tipo de discriminación por razón de maternidad. En la misma, se combinan los argumentos jurídicos y sociales para lograr este reforzamiento, destacando que su doctrina tiene vocación tuitiva, pedagógica y evolutiva, llegando a afirmar que el art. 14 CE “quiere otorgar tutela subjetiva, sin duda, pero asimismo modificar el estado de cosas, el modelo y la conciencia sobre la igualdad sustancial entre los seres humanos, entre los colectivos y ciudadanos, actuando contra el mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población no sólo en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE”⁸¹¹. En opinión de algunos autores, se trataría de evolucionar del igualitarismo formal a la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Este progreso se va alcanzado lentamente a través de la integración del enfoque de género en las resoluciones judiciales, cuyo ejemplo se pone de manifiesto en la ya citada STC núm. 108/2019, en la que se reconoce tanto “la responsabilidad de los poderes públicos en el mantenimiento de situaciones estructurales de desigualdad que afectan a las mujeres, como el relevante papel que corresponde al TC para su erradicación”⁸¹². En definitiva, se trata, tal y como establece la propia sentencia, de reconocer la doctrina del TC como una “respuesta histórica en favor de la parificación social y jurídica que precisa la población femenina, también en el ámbito laboral”.

Igualmente, a nivel interno, el TS a través de su STS de 26/02/2018, llega a la misma conclusión, determinando que el perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el

⁸⁰⁹ SSTJCE de 08/11/1990 Asunto 177/1988 *Dekker*, y de 03/02/2000 Asunto C-207/1998 *Mahlburg*.

⁸¹⁰ STC núm. 108/2019, de 30/09/2019.

⁸¹¹ Por todos, ROJO TORRECILLA, E., “La protección contra la discriminación...”, op. cit., págs. 6- 7.

⁸¹² LÓPEZ ANIORTE, M.C.; FERRANDO GARCÍA, F.M., “Maternidad y discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo público: a propósito de la STC 108/2019, de 30 de septiembre de 2019”, *Revista de Derecho Social*, núm. 90, 2020, pág. 167.

período de su embarazo, no está justificado para evitar su contratación. Por tanto, la mujer por razón de su embarazo, no puede situarse en una situación desfavorable o perjudicial respecto al hombre⁸¹³. Este fallo judicial, reconoce el derecho al alta de una enfermera que había sido seleccionada de la bolsa de trabajo y nombrada para una sustitución en un hospital, pero que no pudo incorporarse por encontrarse en situación de riesgo durante el embarazo. El alta en Seguridad Social de un trabajador, debe vincularse al inicio de la actividad o a una "situación conexas" que sea asimilable a aquella, caso que acontecía en la sentencia. A la trabajadora le correspondía la sustitución, siguiendo el orden de la bolsa de trabajo, y fue nombrada para el puesto. Las normas sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, no avalan la baja de la trabajadora solo por estar embarazada y en situación de riesgo, ni de ellas puede deducirse sin más que solo por el hecho de no poder iniciar la prestación de servicios, cuando ya había sido seleccionada de la bolsa de trabajo y se había procedido a su nombramiento, carezca de aptitud. Por ello, si la empresa considera que la mujer en situación de riesgo por embarazo no tiene aptitud ni capacidad para ser contratada, porque necesita haber iniciado la actividad laboral, supone negar la plena integración de la mujer embarazada⁸¹⁴.

En cuanto a las resoluciones judiciales de los TTSSJ, destacar que siguen la misma línea argumental que la doctrina del TC, produciéndose en todas las situaciones objeto de estudio, una negativa de la empresa a contratar a la trabajadora embarazada, debido a los "inconvenientes derivados de tal situación". Así, principalmente alegan motivos económicos derivados de la contratación de una mujer, como por ejemplo en el supuesto en el que, a pesar de reunir el perfil profesional y el resto de requisitos establecidos por el empleador –empresa constructora– en la oferta de empleo, no se contrata a la mujer "por no disponer la obra, donde se necesita personal, de baños para mujeres". La empresa no probó que su valoración obedeciera a criterios neutros de aptitud laboral, a la mayor capacitación de los restantes seleccionados o de alguno de ellos, ni siquiera lo alegó, únicamente justificaba la falta de baño⁸¹⁵.

La "falta de rendimiento de trabajadoras embarazadas", es otro de los argumentos más llamativos que hemos detectado en nuestro estudio, en el que, por miedo a que la trabajadora tenga un embarazo de riesgo y no se cumplan las expectativas, la empresa comunica a la trabajadora que no ha superado el periodo de prueba. Tras una reunión entre la empresa y la trabajadora, se le explica todos los inconvenientes derivados de su embarazo. El tribunal falló que se había producido una

⁸¹³ STS de 14/03/2014.

⁸¹⁴ Véase DIARIO LA LEY, "Es discriminatorio negar el alta en la Seguridad Social a una embarazada de riesgo seleccionada para una interinidad", núm. 9.167, Sección La sentencia del día, 27 de marzo de 2018, Wolters Kluwer.

⁸¹⁵ STSJ de las Islas Canarias de 22/12/2008.

discriminación por razón de sexo, tras aportar como prueba la grabación íntegra de la reunión (siendo la prueba aportada válida), puesto que entiende el tribunal que no se vulnera el derecho a la intimidad, ni el secreto de las comunicaciones al ser uno de los interlocutores el que hace la grabación⁸¹⁶.

Otro “inconveniente” para la contratación de una trabajadora embarazada, lo encontramos en la falta de medidas preventivas y de protección ante los riesgos laborales, o la falta de puesto de trabajo compatible con su estado biológico. Se trata de una situación de discriminación por razón de sexo, cuando se posterga en el acceso al trabajo al que tiene derecho por su posición en la bolsa de trabajo de ATS/DUE de un hospital. El tribunal falla a favor de la trabajadora, recriminando a la empresa que debería adoptar todas las medidas necesarias para evitar los riesgos laborales que se deriven de dicha situación, como está obligada a adoptar con las trabajadoras fijas, pero en ningún caso impedirle el acceso al trabajo⁸¹⁷.

Por último, hacemos referencia a un supuesto en el que, tras la finalización del periodo de ERTE de ocho trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia natural, la empresa decide no efectuar su llamamiento y que sigan en esa situación más tiempo. Se trata de una empresa de fabricación de aerogeneradores, cuyo encargado de planta informó a las trabajadoras que, en caso de reincorporación, la mutua colaboradora con la Seguridad Social, no iba a reconocer la situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. La empresa no acreditó que esta reincorporación supusiera un riesgo para las trabajadoras, aunque sí debió realizar las gestiones necesarias para que la mutua estableciera las razones por las que tal riesgo se encontraba presente o no, en los puestos de trabajo de las trabajadoras afectadas. Alegaba la empresa que “de haber llamado a las trabajadoras y éstas accedido a las prestaciones de riesgo por embarazo o lactancia, el coste bruto (salarial y de seguridad social) para la empresa hubiera sido menor que de mantenerlas en la situación suspensiva”. Por lo que, al tener conocimiento que la mutua no iba a reconocer estas causas suspensivas por riesgo en base al art. 26 LPRL, se optó por no realizar su llamamiento, lo que trajo como consecuencia que las trabajadoras estuvieran más tiempo en situación de desempleo que el resto de sus compañeros y consumiendo más prestación. El tribunal falló, considerando que se había producido una discriminación directa por razón de sexo, por lesión directa del art. 14 CE⁸¹⁸.

⁸¹⁶ STSJ de Castilla La Mancha de 27/12/2013.

⁸¹⁷ STSJ de las Islas Baleares de 25/03/2013. Similar supuesto se juzga en la SJS núm. 10 de Sevilla de 04/11/2019, en este caso sobre una bolsa para titulados superiores de actividades técnicas y profesionales del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). Se falló en idéntico sentido. Por último, la STSJ de Andalucía de 03/06/2020, falla en el mismo sentido que ambas resoluciones judiciales, determinando que “el embarazo de la trabajadora no justifica que se la postergue en el acceso al trabajo al que tiene derecho por su mejor posición en las pruebas selectivas en las que participó, pudiendo adoptar la empresa las medidas necesarias para evitar los riesgos laborales que se deriven de dicha situación, pero en ningún caso impedirle el acceso al trabajo”.

⁸¹⁸ STSJ de Navarra de 23/02/2017.

3.2.2. La duración máxima de los contratos de trabajo

Con relación a los contratos formativos, regulados en el art. 11 LET, en el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el citado artículo⁸¹⁹ y en el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, el legislador establece una garantía específica en el ámbito de la maternidad, en materia de la duración máxima de esta tipología de contratos⁸²⁰. Así, en los contratos de trabajo en prácticas y para la formación y el aprendizaje, se establece que, cuando la trabajadora se encuentre –entre otras– en una situación de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción⁸²¹, acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, el cómputo de la duración del contrato formativo se verá interrumpido⁸²².

En estas situaciones, se suspende el contrato, de modo que no existe una prestación efectiva de servicios y, por tanto, se detiene el cálculo de la duración del contrato, reanudándose en el momento en que la mujer trabajadora deje de estar en estas situaciones. Esto implica que con esas interrupciones el contrato se puede prolongar en el tiempo más allá del inicialmente pactado⁸²³. Entendemos que esta garantía, –introducida por la reforma laboral de 2010– era necesaria, pues de lo contrario, estaríamos ante una situación de discriminación directa por razón de sexo, tanto en el acceso como en el mantenimiento del empleo de las mujeres

⁸¹⁹ En lo que no se encuentre derogado en este tema por la Disposición derogatoria única del Real Decreto 1529/2012 en la que se establece la derogación –entre otras– del “Capítulo II, las referencias a los contratos para la formación contenidas en el capítulo III, las disposiciones adicionales segunda y tercera y la disposición final primera del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos”.

⁸²⁰ Garantía incluida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. En el art. 12, Contratos formativos, apartados uno y dos se establece la nueva redacción del artículo 11.1 y 11.2 de la LET. En el preámbulo de esta ley, se definen las debilidades del modelo español de relaciones laborales, destacando como una de ellas *la persistencia de elementos de discriminación en el mercado de trabajo en múltiples ámbitos, pero de forma muy señalada en el empleo de mujeres [...]*.

⁸²¹ Situación jurídica incluida por primera vez en la LET –art. 37.3.f)– por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (disposición final tercera). En la exposición de motivos de esta norma se establecía que “esta previsión legal permitirá que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia”; determinándose en la disposición adicional sexta que a los efectos de las normas y leyes existentes con anterioridad, la situación de guarda con fines de adopción se equipara con el acogimiento preadoptivo. Por este motivo y a raíz de la incorporación de esta figura jurídica al Código Civil por esta misma Ley, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la incluyó en todos los preceptos en los que se hacía mención a la maternidad y adopción, los cuáles veremos reflejados en los diferentes apartados de nuestro estudio.

⁸²² Redacción actual establecida por el art. 2 del Real Decreto-ley 6/2019. Tras esta redacción, se alude a “nacimiento”, en lugar de maternidad y paternidad, vocablos que desaparecen de este artículo.

⁸²³ MORENO MÁRQUEZ, A., “Los contratos formativos”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010, pág. 155.

trabajadoras⁸²⁴. Sin embargo, en el caso del contrato para la formación y el aprendizaje, esta garantía presenta una excepción en su ámbito de aplicación⁸²⁵, de forma que no se aplicará la regla general en cuanto a los límites de edad y de duración, cuando el contrato se celebre en base a los programas públicos de empleo y formación contemplados en el texto refundido de la Ley de Empleo⁸²⁶. Estos programas se articulan a través de los siguientes ejes de las políticas de activación para el empleo: 1) Orientación; 2) Formación; 3) Oportunidades de Empleo; 4) Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo; 5) Emprendimiento y 6) Mejora del marco institucional⁸²⁷. Esta particularidad incluida en la LET por la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, tiene su origen en la tramitación de esta norma como Proyecto de Ley⁸²⁸. En el transcurso del trámite parlamentario, se introdujo esta modificación en una enmienda que se justificaba para “evitar que la duración de los contratos para la formación y el aprendizaje en los supuestos de los programas de empleo y formación supere la de los propios proyectos aprobados, evitando que el contrato extienda su vigencia más allá del proyecto en el que se inserta⁸²⁹”.

Como decíamos, en este tipo de contratos de trabajo, “las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad **no** interrumpirán el cómputo de la duración del contrato”, hecho diferente al dispuesto – como regla general– en el párrafo tercero del art. 11.2 LET, en el que se determina que estas situaciones **si** interrumpirán el cómputo de la duración del contrato.

Continuando con esta excepcionalidad, la disposición adicional primera, “Particularidades en determinados contratos para la formación y el aprendizaje” del

⁸²⁴ En la STS de 03/04/1995, se establecía que “Cualquier regulación jurídica que, bajo un principio de igualdad formal, ampare una situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo respecto del hombre por motivo de la gestación y la maternidad se puede afirmar que constituye una discriminación directa por razón de sexo”. Texto íntegro mencionado en diferentes sentencias entre las que destacamos la STSJ de Castilla La Mancha de 22/06/2004 y la STSJ de Castilla y León de 18/03/2009. Si bien es cierto, estas sentencias se enmarcan en cuestiones sobre discriminación por embarazo y maternidad con relación a la Seguridad Social, sin embargo, estimamos que esta expresión puede ser válidamente aceptada para el texto que estamos comentando.

⁸²⁵ Excepción establecida en la disposición adicional segunda de la LET (anteriormente se encontraba el texto en la disposición adicional decimonovena de la derogada LET de 1995), que fue añadida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁸²⁶ El texto vigente lo encontramos en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

⁸²⁷ Art. 10 de la Ley de Empleo.

⁸²⁸ Esta norma tiene su origen en el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que fue sometido a debate y votación de totalidad por el Congreso de los Diputados en su sesión del día 08/03/2012, en la que se acordó su convalidación, así como su tramitación como Proyecto de Ley, concluyendo el 28 de junio de 2012, con la aprobación definitiva por el Congreso (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 4 de julio de 2012).

⁸²⁹ Enmienda núm. 645, que fue propuesta por el Grupo parlamentario popular, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27/04/2012.

Real Decreto 1529/2012, contiene en el apartado 1 letra a), un texto muy similar al establecido en la disposición adicional segunda de la LET, en la que se determina la no interrupción del cómputo de la duración del contrato por causas relacionadas con la maternidad, entre otras situaciones⁸³⁰. Asimismo, el art. 11 del mismo, en cuanto a la duración máxima y mínima de los contratos formativos, contiene un texto idéntico al establecido en el art. 11.2 b) LET, determinando que por regla general podrán durar entre uno y tres años. Sin embargo, el legislador no tuvo en consideración transcribir el último párrafo del precepto de la LET, por el que determinadas situaciones relacionadas con la maternidad si interrumpían el cómputo de la duración del contrato⁸³¹.

En cuanto a la duración del periodo de prueba de los contratos de trabajo, también presentan particularidades en los supuestos en que estén firmados por trabajadores en determinadas situaciones. El art. 14.3 LET, establece que las situaciones de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia –entre otras situaciones–, que afecten a la persona trabajadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes⁸³².

3.3. EL TIEMPO DE TRABAJO

En la organización del tiempo de trabajo confluyen los intereses del trabajador derivados de sus necesidades personales y de conciliación de la vida laboral, familiar y

⁸³⁰ En esta disposición adicional se hace referencia expresa al art. 25.1.d) de la Ley de Empleo, que fue modificado íntegramente por el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Con el texto refundido de la Ley de Empleo de 2015, se mantuvo el mismo redactado para este artículo conforme a la modificación de 2014. Entendemos, que el legislador debería actualizar esta disposición y suprimir las referencias al citado artículo. Asimismo, no se menciona la situación de “guarda con fines de adopción”, incluido en la LET de 2015.

⁸³¹ Cuando el legislador se limita a transcribir en los reglamentos de desarrollo determinados preceptos legales, debería tener especial atención para que se tuvieran en cuenta todos los aspectos regulados legalmente. La omisión de un párrafo puede originar una errónea interpretación de un precepto, en el que se pueda deducir equivocadamente que se ha producido una modificación en la norma. Así lo interpreta RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1529/2012”, Relaciones Laborales, núm. 1, 2013, pág. 9. Punto de vista interesante y que el legislador debería tener en cuenta para evitar posibles equívocos. Sin embargo, en nuestra opinión no es fundamental esta modificación, pues no olvidemos la jerarquía normativa y la prevalencia de las normas con rango de ley sobre los reglamentos, de tal forma que, en caso de duda, prevalecerá siempre la norma de rango superior, puesto que el reglamento, nunca puede ir contra de lo dispuesto en la ley o norma con rango legal (El art. 9.3 CE establece el principio de jerarquía normativa).

⁸³² Este artículo se modificó por el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, actualizando el régimen de interrupción del periodo de prueba. En el art. 1 apartado dos, se establece la modificación del artículo 14 LET, ampliándose a las situaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y paternidad. En este sentido, la disposición transitoria única de esta norma, estableció que “los periodos de prueba concertados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley continuarán rigiéndose por la normativa legal o convencional conforme a la que se celebraron”. Es preciso mencionar que la situación de “guarda con fines de adopción”, fue incorporado tras la aprobación de la LET de 2015. Asimismo, como se ha citado anteriormente, el art. 2 del Real Decreto-ley 6/2019, introdujo el término “nacimiento”, en lugar de maternidad y paternidad, vocablos que desaparecieron de este artículo.

personal, y los intereses de la empresa, derivados fundamentalmente de sus necesidades organizativas y productivas, que en muchas ocasiones entran en conflicto⁸³³. En este epígrafe, se aborda el estudio de las particularidades y las cuestiones más conflictivas en: 1) el permiso para el cuidado del lactante (art. 37.4 LET); 2) el permiso por nacimiento de hijo prematuro o que deba estar hospitalizado tras el parto (Art. 37. 5 LET); y 4) la fijación de las vacaciones con relación a la maternidad (art. 38 LET).

Así, el régimen de descanso semanal, fiestas, permisos y vacaciones anuales de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de la LET, también establece garantías adicionales dirigidas a los trabajadores en situación de parto reciente, lactancia de hijo menor de nueve meses, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento u hospitalización de hijo con independencia de la causa que la motive. El contenido de estas garantías se traduce en derechos adquiridos por los trabajadores para ausentarse de su puesto de trabajo en los casos de lactancia o cuidado de hijos prematuros que deban permanecer hospitalizados.

3.3.1. Permiso para el cuidado del lactante

Este permiso se regula a través del art. 37 LET apartado 4, en el que se reconoce a las personas trabajadoras un derecho de ausencia de su puesto de trabajo para el cuidado del hijo lactante menor de nueve meses, de una hora de duración, pudiendo dividirse en dos fracciones de media hora cada una. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad, o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

Recientemente, el legislador, ha introducido diversas modificaciones en el texto del articulado, determinando que se trata de un derecho individual, intransferible al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. No obstante, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito⁸³⁴. Asimismo, introduce una novedad con respecto al texto anterior a la reforma de 2019, puesto que establece una extensión del periodo de disfrute hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses, siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen.

⁸³³ VELASCO PORTERO, M.T., “El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41, 2015, pág. 61.

⁸³⁴ Real Decreto-ley 6/2019.

Con estos cambios, el legislador pretende dar un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos⁸³⁵.

3.3.1.1. Antecedentes normativos

El texto actual de este precepto es el resultado de diversas modificaciones operadas en el tiempo que han dado como resultado un enunciado mucho más completo y amplio en comparación con el texto original. Prueba de ello, son las sucesivas reformas operadas por la LCVFL⁸³⁶, la LOIMH⁸³⁷, la Ley 3/2012 y el Real Decreto-ley 6/2019⁸³⁸.

En el caso de la LOIMH, el legislador transformó sustancialmente el art. 37.4 LET, introduciendo notorias modificaciones en su contenido, que permitió ampliar los supuestos en los que se podía ejercer este permiso⁸³⁹. Así, al supuesto de nacimiento de hijo, se añadieron los casos de adopción o acogimiento, siempre de acuerdo con los requisitos establecidos en el art. 45.1.d LET, cuestión que analizaremos en detalle en siguientes epígrafes. Con la aprobación de la LET de 2015, se incluyó un nuevo supuesto que no estaba recogido hasta el momento: “guarda con fines de adopción”, que tenía su origen en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, norma a la que hemos hecho referencia en apartados anteriores.

Es sustancial la reforma efectuada en 2019, que actualizó la denominación de esta reducción de jornada (o permiso de lactancia), evolucionando desde “la lactancia”, hasta “el cuidado del lactante”. El legislador amplió el concepto de esta reducción,

⁸³⁵ Exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2019.

⁸³⁶ Su art. segundo suprimió el término “normal” en referencia a la jornada de trabajo objeto de reducción.

⁸³⁷ En su disposición adicional 11.4 y 5, se estableció una ampliación de los casos en los que podría disfrutarse este derecho. Así, en el supuesto de parto múltiple, la duración del permiso se incrementaría proporcionalmente. De igual forma, la misma disposición adicional mejoró sustancialmente la forma del disfrute de este derecho, dotándolo de mayor flexibilidad en su ejercicio. Se introdujo como novedad, la posible acumulación de este derecho de ausencia en jornadas completas, siempre que así lo permita el convenio colectivo que le sea de aplicación o bien por acuerdo con el empleador, respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

⁸³⁸ Sobre la versión actual del precepto que regula la reducción de jornada por cuidado del lactante, véase el completo estudio que realiza BARRIOS BAUDOR, G.L., “Nuevo régimen jurídico...”, op. cit.

⁸³⁹ Modificación efectuada por la Disposición final primera, “Modificaciones en materia de conciliación de la vida laboral y familiar” de la Ley 3/2012.

refiriéndose de forma más genérica a los cuidados propios que un menor de nueve meses precisa, con independencia del hecho de la lactancia propiamente dicho⁸⁴⁰.

En el ámbito internacional, como ya citábamos en el *Capítulo 2* de nuestro estudio, este derecho ya se planteó hace casi un siglo por la OIT. El art. 3.d del Convenio nº 3, “Relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto” (1919), estableció que la mujer tenía “derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia”⁸⁴¹. Este convenio fue revisado por el Convenio nº 103, “Relativo a la protección de la maternidad” (1952), que ratificó este derecho; así en su art. 5.1, se determinó que “Si una mujer lacta a su hijo, estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios periodos cuya duración será determinada por la legislación nacional”. De la misma forma, este convenio fue revisado en 2000 por el Convenio nº 183 de la OIT sobre “Protección de la maternidad”; en su art. 10 estableció que la mujer tenía derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo.

3.3.1.2. Configuración del permiso

Este permiso se configura como una interrupción no periódica de la prestación laboral de corta duración, manteniéndose –en líneas generales– el derecho al salario durante el tiempo en el que se esté disfrutando del mismo. Por tanto, no se trata de una suspensión del contrato de trabajo, puesto que el elemento retributivo se mantiene vivo, exonerándose únicamente la obligación de trabajar (art. 45.2 LET)⁸⁴². En este epígrafe se aborda el elemento retributivo como garantía para el disfrute del permiso, la carga económica del mismo, los supuestos protegidos por la norma y la finalidad del permiso.

A) Supuestos protegidos

Los supuestos que pueden dar lugar al efectivo disfrute, son el nacimiento de hijo, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento, protegiendo el

⁸⁴⁰ Es interesante la descripción que realiza GARCÍA CAMPÁ, S., en “Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre”, Trabajo y Seguridad Social, núm. 433, 2019, pág. 171. Se refiere a las “cinco ies”: derecho de titularidad individual, de duración igual, de ejercicio intransferible, remunerado en su integridad e incentivado cuando su ejercicio es corresponsable.

⁸⁴¹ En este sentido, ESPUNY TOMAS, M.J., en la “La protección de la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”, *lulabor*, núm. 2, 2007, pág. 2, determinaba que esta fórmula de descanso era consecuente con el hecho de que las mujeres trabajadoras a primeros del siglo XX solían llevar a sus hijos recién nacidos a su lugar de trabajo a efectos de alimentarlos. Citado en BALLESTER PASTOR, M.A., en “Protección de la maternidad...”, *op. cit.*, pág. 86.

⁸⁴² CORTE HEREDERO, N., “El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1998, págs. 847-864.

legislador tanto la filiación natural, como la adoptiva y el acogimiento familiar. Este precepto, en su origen, únicamente contemplaba como interés jurídicamente protegido el hijo nacido, no adoptado ni acogido como supuesto para ejercer el derecho en cuestión; no tenía en cuenta, por tanto, al resto de situaciones que pudieran producirse. Hasta la reforma operada por la Ley 3/2012, no se ampliaron a los casos de adopción o acogimiento como hechos que una vez sucedidos puedan dar lugar al nacimiento del derecho al permiso por lactancia. Igualmente, con la aprobación de la LET de 2015, se introdujo el supuesto de guarda con fines de adopción, equiparándolo al resto de situaciones que estaban incluidos con anterioridad. Estas modificaciones eran necesarias para favorecer de manera efectiva la conciliación de la vida familiar y laboral. Llamaba la atención que sólo se pudiera disfrutar del permiso por lactancia ante una maternidad biológica y no ante los supuestos de adopción o acogimiento, aunque en la práctica, la interpretación sistemática y analógica o extensiva del precepto en cuestión si permitiría tener en cuenta los supuestos recién incorporados⁸⁴³.

Efectivamente, anterior a la incorporación de los nuevos supuestos, del estudio de preceptos de normas tanto nacionales como internacionales, podía entenderse que estas situaciones de filiación adoptiva como de acogimiento, ya se encontraban de hecho admitidas por el legislador, con independencia de su transcripción literal en el art. 37.4 LET. De esta forma, los Convenios núm. 3 y núm. 103 de la OIT, establecían que el término “hijo” comprendía a todo hijo, legítimo o no y a todo hijo nacido de matrimonio o fuera del mismo⁸⁴⁴. En nuestro derecho interno, la legislación civil ya contemplaba igualmente estos supuestos diferentes al nacimiento, en el que se establecía que “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial; es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”. “La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos...”⁸⁴⁵. Similares argumentos se presentaban en la CE, que en su art. 14 establecía que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento...”; o el art. 39.2 en el que se afirmaba que “Los poderes públicos aseguran... la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...”.

⁸⁴³ HERRAIZ MARTÍN, M.S., “El impacto de las últimas reformas en la conciliación familiar y laboral”, en *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2014, págs. 49-68

⁸⁴⁴ Art. 2 de los Convenios núm. 3 y núm. 103 de la OIT.

⁸⁴⁵ Art. 108 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. En el mismo sentido, “dado lo dispuesto en los arts. 173 y 173 bis del Código Civil, podrían entenderse incluidos los casos de acogimiento familiar”, SOUTO PRIETO, J., “Mujer y trabajo. Reducciones de jornada. Puntos críticos en materia laboral”, en BORRAJO DACRUZ, E., “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, *La Ley-Actualidad*, 2010, págs. 119-141.

Por tanto, para concluir, el disfrute de la reducción de jornada para el cuidado del lactante, será efectivo mientras el hijo, el adoptado o el acogido⁸⁴⁶, tenga menos de nueve meses de edad o entre nueve y doce meses, con reducción proporcional del salario, con independencia de que se trate de filiación biológica o por adopción⁸⁴⁷. En este sentido, no puede negarse el derecho al disfrute de la reducción a los supuestos de adopción de menores de nueve meses, pues se generaría una desigualdad carente de fundamento⁸⁴⁸. En este sentido, el legislador modifica el precepto y amplía los supuestos que pueden dar lugar al disfrute del permiso por lactancia, cuando se cumplan las condiciones establecidas en el art. 45.1.d LET⁸⁴⁹. Por consiguiente, tanto la adopción, la guarda con fines de adopción, como el acogimiento, son únicamente supuestos válidos al efecto del disfrute de este permiso, cuando se verifique que se cumplen los requisitos del citado precepto.

B) Finalidad del permiso

En su origen, acudiendo a la literalidad del precepto, el principal objetivo del permiso por lactancia era, en principio y tal y como su denominación indicaba, el amamantar o nutrir al menor de nueve meses de edad, que en función del supuesto que se producía, –nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento– y del titular que ejerciera este derecho –mujer u hombre–, la lactancia podía ser natural o artificial⁸⁵⁰.

Por lo tanto, a priori, el tiempo de disfrute del permiso de lactancia debía ser empleado para la lactancia propiamente dicha, ya fuera natural o artificial y no para fines distintos, puesto que, como reconoce la STSJ de Cataluña de 29/09/2000, se valoraba como una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, declarando procedente el despido de una trabajadora por

⁸⁴⁶ El acogimiento familiar se regula en el art. 173 bis del Código Civil. Establece las modalidades del acogimiento familiar, que podrá ser: simple, permanente y preadoptivo.

⁸⁴⁷ GARCÍA TESTAL, E., “La protección de la lactancia...”, op. cit., pág. 37.

⁸⁴⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros”, en Relaciones Laborales, núm. 9, 1989, págs. 86-118.

⁸⁴⁹ El art. 45 LET regula las causas y efectos de la suspensión del contrato de trabajo. En su apartado 1.d, realiza una mención explícita a las características que debe reunir la adopción o el acogimiento para permitir la suspensión del contrato de trabajo. En este sentido, se establece que el contrato de trabajo podrá suspenderse por “...adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, 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 con discapacidad 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”.

⁸⁵⁰ GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 91. Este permiso no es únicamente de aplicación a la lactancia natural, sino que el legislador extiende su disfrute a las situaciones que conlleven la alimentación artificial del menor, única forma posible en determinados tipos de filiación, como la adopción.

dedicar el tiempo de permiso de lactancia a distinta finalidad. En idéntico sentido se manifestaba el TS en su sentencia de 19/06/1989, en la que se enjuició el caso de una trabajadora que utilizó el tiempo del permiso por lactancia a una finalidad distinta de la prevista por la Ley –prestar la atención y el cuidado necesario al hijo–, aumentando su jornada en un segundo trabajo, prestando así servicios a otra empresa, por lo que supone una vulneración de la buena fe que se exige en el contrato de trabajo⁸⁵¹.

Sin embargo, había una corriente interpretativa más extensiva y flexible que entendía que el permiso por lactancia se legitimaba con tal de que se dedicara al cuidado –no sólo a la alimentación– del menor de nueve meses⁸⁵². Esta interpretación era flexible, “no sólo en el sentido obligado de entender como tal tanto la lactancia natural como la artificial..., sino en el sentido menos obligado de tratar de proteger con este permiso de forma integral el cuidado y atención del menor de corta edad y no sólo su alimentación⁸⁵³”. Otros autores que también defendían esta teoría, plantearon incluso la necesidad de cambiar la denominación de este permiso por el de *reducción por manutención, cuidado de hijos menores de nueve meses o permiso parental para el cuidado de menores*^{854 855}.

Siguiendo esta corriente doctrinal, también se han manifestado los tribunales, interpretando igualmente el término “lactancia” de una manera flexible, por la que la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 23/11/1987 estableció que el permiso por lactancia, no es sólo “para que la madre lo utilice en cualquiera de los dos tipos de lactancia que del precepto legal se pueden deducir, sino también para que con el tiempo de asueto que por el nacimiento del hijo se le otorga pueda dedicarse dentro de la esfera sutil e íntima que tal fenómeno produce a la atención especial que en tan temprana edad el recién nacido requiere”. Esta sentencia establecía que “por lactancia

⁸⁵¹ En este sentido, se produciría un manifiesto abuso de la buena fe por parte del titular del derecho, en el caso que el tiempo concedido se dedicase a actividades distintas a las expresadas (RUBIO SÁNCHEZ, F., “Algunas consideraciones sobre el disfrute del permiso de lactancia”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2001).

⁸⁵² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Validez del convenio que permite acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido: comentario a la SAN de 29 de marzo (AS 2004, 823)”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2004, págs. 3076-3094.

⁸⁵³ Por todos, FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Reducción de jornada y posibilidad de acumular el tiempo de reducción”, *Aranzadi Social*, núm. 16, 2006, págs. 1053-1082. Idéntica teoría defendía VALLE MUÑOZ, F. A., en “La protección laboral de la maternidad...”, *op. cit.*, pág. 27. Este autor considera “...que el término lactancia sea entendido en el sentido amplio de proporcionar cuidados al hijo o atenderlo”. Igualmente, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Los permisos retribuidos del trabajador”, *Aranzadi*, Pamplona, 1998, pág. 194, plantea que en la actualidad el permiso de lactancia persigue facilitar la atención y cuidados del menor en un sentido amplio, ya sea con alimentación, prestándole compañía o cualquier tipo de cuidados o atenciones.

⁸⁵⁴ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Ausencias retribuidas y reducciones de jornada para conciliar la vida familiar y laboral”, *Temas Laborales*, núm. 73, 2004, pág. 203. En el mismo sentido se expresa GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1999. LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, *op. cit.*, pág. 406, afirma que se debería cambiar la denominación de este permiso para pasar a ser un permiso parental para el cuidado de menores, de forma que se librase definitivamente al permiso de lactancia de su arrastre histórico como protección de la maternidad.

⁸⁵⁵ Denominación modificada finalmente por el Real Decreto-ley 6/2019, como ya analizaremos más adelante.

ha de entenderse tanto la natural como la de carácter artificial, aunque no lo diga expresamente el precepto legal, pues se deduce del reconocimiento del derecho también al padre (en el caso de que ambos trabajen). Es conveniente una interpretación extensiva del término lactancia, en el sentido de no incluir únicamente la alimentación del hijo sino el cuidado del mismo. Téngase en cuenta que el precepto ha establecido un plazo concreto de nueve meses, con independencia de la duración efectiva de la lactancia que puede superar ese periodo. En definitiva, el cuidado y la atención del niño constituyen el bien tutelado”⁸⁵⁶. Misma teoría se defendía en la STSJ de Madrid de 26/02/1993, en la que se afirmaba que “la razón de ser de la pausa retribuida por lactancia establecida en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, es la interrupción o descanso dentro de la jornada de trabajo para atender al hijo de corta edad bien por alimentarse, bien para otros cuidados perentorios en los primeros meses de vida”. En el mismo sentido, la SAN de 29/03/2004, concluye que “en la actualidad se concibe el permiso (de lactancia) como un mecanismo legal que capacita al hijo a gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus progenitores desde su nacimiento, superándose la vinculación necesaria o exclusiva con el deber de lactancia”.

La jurisprudencia del TC se ha referido a esta corriente interpretativa en su Sentencia núm. 109/1993 de 25 de marzo⁸⁵⁷, en la que se planteaba cuestión de inconstitucionalidad del art. 37.4 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores⁸⁵⁸. En los antecedentes, el Fiscal General del Estado, que estaba a favor de la inconstitucionalidad del citado precepto, realizó alegación afirmando que “si el concepto «lactancia» se limita a la natural, el precepto no podría considerarse inconstitucional pues respondería a una situación peculiar de la mujer que no se da en el hombre. En este punto, sin embargo, no puede olvidarse que la jurisprudencia ordinaria –a quien corresponde la interpretación de la legalidad ordinaria– ha utilizado un concepto extensivo de lactancia. Siendo esto así, el precepto resulta discriminatorio en los casos en que la alimentación es artificial porque concede el derecho a la mujer y no al hombre” (Apartado 8.c) de los antecedentes). Esta última afirmación, no es objeto de consideración en este estudio, pues el precepto al que hace mención fue modificado por la Ley 3/1989, incluyendo como frase final del artículo en

⁸⁵⁶ Sobre la inclusión de la lactancia artificial, la STCT de 8 de abril de 1978, estableció que “cabe establecer un periodo durante el que, en cualquier clase de lactancia, pueda la madre trabajadora vigilar y ser directamente responsable de la crianza de su hijo, y cuyo plazo no sería preciso en caso de referirse la ley únicamente a la lactancia natural, cuyos límites vienen determinados por circunstancias fisiológicas”. Igualmente, la STCT de 4 de septiembre de 1984, determinaba que la jurisprudencia entiende que lo esencial no es por lo tanto la lactancia sino el cuidado y atención del menor de corta edad.

⁸⁵⁷ Recurso de inconstitucionalidad núm. 1.348/88, promovido por la Magistrada de Trabajo núm. 1 de Guipúzcoa. La STC núm. 187/1993, de 14 de junio, reiteró la doctrina defendida por la STC 109/1993, de 25 de marzo.

⁸⁵⁸ Ley que fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Disposición derogatoria única), texto que igualmente fue derogado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

cuestión: “Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen”, con lo que carecería de sentido que se siguiera planteando la inconstitucionalidad del mismo en base a una discriminación entre la mujer y el hombre⁸⁵⁹ ⁸⁶⁰. Por último, la STSJ de Andalucía de 24/04/2001, realiza una interpretación más flexible –aún si cabe–, incluyendo los efectos positivos que sobre la mujer debe tener este permiso, de forma que tenga como fin último “favorecer la reincorporación al mercado laboral de la mujer trabajadora, el reparto de responsabilidades en el cuidado del menor entre ambos progenitores, así como facilitar el cuidado de los hijos en sus primeros meses de vida”.

Por tanto, hasta 2019 la tendencia doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, estaba orientada hacia una conceptualización amplia del permiso por lactancia, que no sólo debía tener como fin último proporcionar alimento de forma natural o artificial al menor de nueve meses, sino que, en base a esta reducción se le debían proporcionar los cuidados y la atención que precisara teniendo como sujeto beneficiario cualquiera de los dos progenitores del menor. Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, el objeto de esta reducción de jornada, evoluciona hacia el “cuidado del lactante”, omitiendo directamente la referencia que en el texto modificado se realizaba sobre el acto de la lactancia en sí mismo. Por ello, entendemos que el legislador ha asumido las posturas doctrinales y jurisprudenciales que, como ya hemos mencionado anteriormente, entendían esta reducción de forma amplia, abarcando más aspectos que el puramente acto de la lactancia. En nuestra opinión, se trata de una reforma legal necesaria para solucionar situaciones conflictivas y que está avalada por un sector de la doctrina y refrendada por numerosos pronunciamientos judiciales.

Este es el camino que se debe trazar y que así se está llevando a cabo por los tribunales de justicia y el propio legislador –con las últimas reformas efectuadas–, no debemos tener una visión obcecada y limitada de la reducción de jornada para el cuidado del lactante, el fundamento no debe ser únicamente el amamantar al menor de nueve meses, sino que hay que tener una perspectiva amplia y extensa de la configuración de este derecho y adaptarlo a las necesidades actuales de la sociedad y a los diferentes modelos de familia, con independencia de la filiación biológica o adoptiva.

C) El elemento retributivo

El art. 37.4 LET no especifica si el disfrute de este derecho conlleva disminución del salario, sin embargo, son muchos los elementos que determinan que en este caso

⁸⁵⁹ Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la 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. BOE núm. 57, de 08/03/1989.

⁸⁶⁰ Sobre la titularidad del derecho, se realiza un análisis más pormenorizado en siguientes epígrafes.

se trata de un permiso retribuido, cuyo coste económico recae sobre la empresa⁸⁶¹. Excepción planteada con la reforma de 2019, que permite el cuidado del lactante de hasta doce meses de edad, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses, siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen.

Siguiendo con el elemento retributivo, en primer lugar, interpretamos, *a contrario sensu*, cuando el legislador ha querido que el disfrute de un determinado permiso conllevara una reducción proporcional en el salario, lo ha manifestado así expresamente, como se pone de manifiesto lo establecido en los apartados cinco, seis y ocho del art. 37 LET, en los que si se prevé una disminución proporcional del salario⁸⁶². Esta hipótesis ya se planteó en la STSJ de Madrid de 21/12/2004, en la que se afirmaba que “el legislador regula la reducción de jornada con disminución proporcional de salario en el apartado 5º del artículo 37 ET, y el permiso de lactancia en el apartado 4º sin pérdida de la retribución pese a realizar una jornada efectiva inferior a la ordinaria, lo que implica que la disminución de tiempo de trabajo no ha tenido ninguna consecuencia perjudicial para la persona que disfruta de ese derecho, dado el interés que se trata de proteger”.

En segundo lugar, el art. 5.2 del Convenio núm. 103 de la OIT, estableció que “Las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales en los casos en que la cuestión esté regida por la legislación nacional o de conformidad con ella...”. Argumento similar es el citado en la exposición de motivos de la LCVFL, que trata de “guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres”.

En tercer lugar, el derecho comunitario se expresa en el mismo sentido, así en el preámbulo de la Directiva 92/85/CEE, se establece que “...las medidas de organización del trabajo tendentes a la protección de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada”.

Y, en cuarto lugar, la jurisprudencia también avala esta teoría, en la que se determina que la utilización del permiso por lactancia no puede suponer una carga para el trabajador, ni perjuicio alguno⁸⁶³. Así, la STS de 09/12/2009, estableció que el

⁸⁶¹ Véase al respecto DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Relaciones Laborales, núm. 8, 2007, págs. 907-941.

⁸⁶² GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 91. La misma teoría es compartida por SOUTO PRIETO, J., “Mujer y trabajo...”, op. cit., págs. 119-141.

⁸⁶³ STSJ de Madrid de 21/12/2004.

disfrute por parte de los trabajadores del permiso por lactancia “nunca debe suponer una pérdida económica” para estos. En este sentido, “cualquier interpretación de la ausencia de regulación concreta de la retribución del permiso de lactancia, tanto en el Estatuto como en el Convenio, que implique pérdida económica para el trabajador, es contraria al espíritu de la ley”. En el mismo sentido falla la SAN de 18/12/2018, que determina que el disfrute del permiso de lactancia no puede suponer pérdida de ningún tipo de retribución para los trabajadores que se acojan a tal disfrute⁸⁶⁴.

En cuanto al contenido retributivo específico que debe abonarse al trabajador, es interesante mencionar, que la SAN de 19/11/2007⁸⁶⁵, ha dictaminado que los trabajadores que se encuentren disfrutando del permiso por lactancia en cualquiera de sus modalidades, tienen derecho a percibir el salario íntegro, incluidos los conceptos salariales variables, es decir, como si efectivamente realizasen el trabajo⁸⁶⁶.

D) La carga económica

Toda vez que se ha constatado el carácter retribuido del permiso y el contenido específico de la retribución, se aborda una cuestión diferente: *¿quién debe asumir la carga económica del permiso para el cuidado del lactante?*, planteándose dos alternativas: que la empresa asuma el coste, o bien que el Estado lo asuma, dando un paso más en beneficio de la incorporación o mantenimiento de la mujer en el mercado de trabajo⁸⁶⁷. En la actualidad, sobre la empresa recae la carga económica del permiso retribuido, teniendo que asumir los costes laborales de la ausencia del trabajador y los posibles costes al contratar, durante el periodo del disfrute del permiso, a otra persona en sustitución del titular del derecho.

La asunción empresarial de este coste, probablemente tiene efectos perjudiciales para las trabajadoras, volviéndose en contra suya, como titulares del derecho en una mayoría de casos. Se produce un claro efecto *boomerang*, pues el empresario prefiere contratar a trabajadores con los que no se encuentran obstáculos en la prestación del trabajo⁸⁶⁸.

⁸⁶⁴ En idéntico sentido fallan las SSTs de 10/01/2017 y 27/05/2015, que consideran el período de suspensión del contrato por maternidad o por riesgo durante el embarazo como tiempo trabajado a efectos de devengar la retribución variable.

⁸⁶⁵ La SAN de 19/11/2007 fue confirmada por la STS de 09/12/2009.

⁸⁶⁶ La STSJ de las Islas Baleares de 19/09/1996, se manifestó en el mismo sentido, determinando que el tiempo empleado para el disfrute del permiso por lactancia, se reputa como tiempo de trabajo efectivo y, consiguientemente, ha de ser abonado según lo sea la jornada de donde se detrae.

⁸⁶⁷ GARCÍA TESTAL, E., “La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 33-34.

⁸⁶⁸ HERRAIZ MARTÍN, M.S., “El impacto de las últimas reformas...”, op. cit., págs. 49-68. En este sentido, GARCÍA TESTAL, E., en “La protección de la lactancia...”, op. cit., pág. 37; plantea una teoría similar al afirmar que “...al configurarse como permiso retribuido y hacer recaer sobre el empresario el coste económico del derecho, éste puede contemplar la contratación de trabajadoras, que son las que acceden de manera mayoritaria al uso de

Ciertamente, sobre la empresa recae el coste económico y organizativo que pueda derivarse del disfrute del permiso para el cuidado del lactante por parte del trabajador; hecho que, en ocasiones, puede ser una barrera para el fomento de la contratación de mujeres desempleadas. No podemos olvidar que, a pesar de que la titularidad de una parte de los derechos relacionados con la maternidad y la lactancia, son en principio de asignación neutra, los datos ponen de manifiesto que es la mujer la que dedica más tiempo al cuidado de los hijos, recayendo sobre ella el peso de la compatibilización de la vida personal, familiar y laboral⁸⁶⁹. Con vistas a largo plazo, habrá que determinar si la reforma de 2019, ha logrado revertir esta situación y avanzar hacia una corresponsabilidad entre ambos progenitores.

En nuestra opinión, todo el entramado de normas y prerrogativas que la ley enfoca a la protección de la maternidad y la lactancia –incluida la reducción de jornada para el cuidado del lactante– que, en principio pretenden lograr una conciliación real y efectiva de la vida personal, familiar y laboral para que, entre la mujer y el hombre exista una igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, no tiene efectividad real, si a consecuencia de esta protección, se produce un *efecto boomerang*, que puede incrementar el coste de la mano de obra femenina y, a la postre, traducirse en una clara preferencia por el trabajo masculino y una mayor dificultad de la mujer de acceder al empleo⁸⁷⁰. Por ello, el legislador debe tener en cuenta el esfuerzo que hace el empresariado en esta materia, creando mecanismos que permitan compensar de alguna forma los costes económicos y organizativos, para mitigar este efecto negativo.

3.3.1.3. Duración

Como regla general, el art. 37.4 LET establece que la reducción de jornada para el cuidado del lactante, podrá ejercerse hasta que el menor cumpla nueve meses desde su nacimiento, con independencia de cuando comience a hacerse uso de esta reducción. Es decir, el cómputo se iniciará desde el nacimiento del menor y finalizará cuando cumpla los nueve meses de edad, por lo que, la suspensión del contrato de trabajo por maternidad no retrasa el inicio del cómputo de los nueve meses⁸⁷¹, pues el

este tipo de derechos, con la carga añadida de soportar que la mujer se ausente del trabajo con ocasión de la lactancia de un hijo menor, lo que, a su vez, supondrá la aparición del denominado efecto *boomerang*, esto es, la contratación preferente de varones”.

⁸⁶⁹ Véase epígrafe de *Indicadores sociolaborales en materia de maternidad* dentro del apartado de *Introducción y cuestiones generales* de este estudio.

⁸⁷⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El derecho de la mujer a trabajar en igualdad”, en COMUNIDAD DE MADRID, “Problemas de integración laboral de la mujer”, Consejería de Empleo y Mujer, Dirección General de la Mujer, 2007, pág. 42.

⁸⁷¹ GARCÍA NINET, I., “Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)”, *Revista de Trabajo*, núm. 94, 1989, pág. 31.

dies a quo lo constituye el día del nacimiento del hijo y el *dies ad quem* el del cumplimiento de los nueve meses⁸⁷².

El origen de esta limitación temporal lo encontramos en la Ley 16/1976, de 16 de abril, de Relaciones Laborales⁸⁷³, en la que se establecía en su art. 25.5 que “las trabajadoras tendrán derecho a una pausa de una hora en su trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, cuando la destinen a la lactancia de su hijo menor de nueve meses”. Periodo de tiempo que se ha ido reiterando en todos los textos laborales hasta la actualidad. Este límite temporal se puede relacionar con la verdadera finalidad del permiso para el cuidado del lactante: la atención y el cuidado del menor y no solamente con el hecho fisiológico de la alimentación ni por la efectiva nutrición del menor, como ya citamos en el epígrafe anterior. Sin embargo, es importante tener en cuenta la limitación temporal, puesto que, si la lactancia real se prolonga más allá de los nueve meses de edad del menor o del tiempo máximo superior que se acuerde por negociación colectiva o acuerdo individual, no dará lugar al disfrute del permiso, al haberse extinguido el derecho una vez alcanzado el límite temporal máximo⁸⁷⁴.

La normativa internacional no determina una limitación temporal para ejercer este derecho, como se pone de manifiesto en los Convenios núm. 3 y 103 de la OIT. El Convenio núm. 183 de la OIT establece en su art. 10 que “el periodo en que se autorizan las interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, el número y la duración de esas interrupciones y las modalidades relativas a la reducción diaria del tiempo de trabajo serán fijados por la legislación y la práctica nacionales”, no determinando la duración que debería tener el permiso para el cuidado del lactante.

Es importante matizar que el límite al que hace referencia el art. 37.4 LET, tiene carácter de mínimo, lo que significa que puede ser mejorada por la negociación colectiva o acuerdo individual, siendo posible que las partes firmantes de un convenio colectivo acuerden ampliar el periodo de disfrute del permiso para el cuidado del lactante, en el sentido de que cabe que se pacte la ampliación del periodo durante el cual los trabajadores pueden hacer uso de este permiso⁸⁷⁵ ⁸⁷⁶. Igualmente, la duración de este permiso puede tener excepciones en la aplicación a determinados colectivos de

⁸⁷² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Validez del convenio...”, op. cit., págs. 3076-3094.

⁸⁷³ Norma derogada por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

⁸⁷⁴ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; VELASCO PORTERO, T.; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Igualdad y conciliación...”, op. cit., pág. 141.

⁸⁷⁵ Con relación a la duración máxima del permiso por lactancia, se están produciendo mejoras en los convenios colectivos, ampliándose el periodo de disfrute hasta los doce meses de edad del menor. Datos que se reproducen en VIQUEIRA PÉREZ, C., “Mejoras convencionales en la regulación de la jornada de trabajo con motivo de la maternidad o paternidad de los trabajadores. Análisis de los convenios colectivos de empresa de ámbito nacional”, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, págs. 127 y ss.

⁸⁷⁶ ARENAS VIRUEZ, M., “La acumulación de horas de lactancia en un mes de permiso: una opción del trabajador”, *Temas Laborales*, núm. 78, 2005, pág. 212.

trabajadores⁸⁷⁷. Queda claro, por tanto, que la negociación colectiva puede mejorar el mínimo marcado por el art. 37.4 LET; pero en ningún caso podrá regular el permiso de lactancia por debajo de los mínimos legales⁸⁷⁸.

Por último, en cuanto a la duración, en 2019 se hizo una reforma de calado, determinando el legislador que, cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejercieran este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podría extenderse hasta que el lactante cumpliera los doce meses de edad, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses. Es decir, se abrió la posibilidad de aumentar el periodo de disfrute durante tres meses adicionales al tiempo que inicialmente permite la LET, siempre que se cumplieran los requisitos citados. En este supuesto, sí se reduciría el salario de manera proporcional, en los últimos tres meses. Interpretamos que esta opción es únicamente válida cuando se trata de la existencia de ambos progenitores o figura similar, por lo que, ante situaciones de familias monoparentales, no se podrá ejercer esta modalidad.

Así, en sentido estricto, la norma no permite la ampliación de la duración del permiso hasta los 12 meses de edad del menor para: 1) familias monoparentales; y 2) supuestos en los que únicamente uno de los progenitores realiza una actividad remunerada fuera del hogar. Sin embargo, para un sector de la doctrina científica, debe realizarse una interpretación flexible de la norma, puesto que, si se permite esta ampliación para los casos de familias biparentales, con más razón se debería aceptar cuando la necesidad del permiso se concentra en una única persona, en una familia monoparental⁸⁷⁹. Sin embargo, esta postura choca frontalmente con los criterios técnicos de la Seguridad Social que otorga exclusividad para el ejercicio de este derecho para el supuesto de que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores trabajen y ejerzan su derecho con la misma duración y régimen, en ningún otro caso. Así, se justifica la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, afirmando que la ampliación de este permiso, “se concibe como un instrumento dirigido a incentivar el ejercicio corresponsable en el cuidado del lactante, que ha de entenderse como responsabilidad compartida, lo que requiere que existan dos progenitores que repartan de forma igualitaria el cuidado del menor,

⁸⁷⁷ Por ejemplo, el art. 48.f del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, establece un permiso por lactancia de un hijo menor de doce meses para los funcionarios públicos: “Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones”.

⁸⁷⁸ ARENAS VIRUEZ, M., “La acumulación de horas de lactancia...”, op. cit., págs. 212-213. En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 23/06/2005, establece que el derecho contemplado en el art. 37.4 LET es un derecho necesario relativo, es decir, que puede mejorarse a través de la negociación colectiva o los pactos, pero nunca puede interpretarse de forma más perjudicial que la misma norma sustantiva del Estatuto de los Trabajadores.

⁸⁷⁹ Por todos, LOUSADA AROCHENA, J.F.; RON LATAS, R.P., “El permiso para el cuidado del lactante y la nueva prestación social por su ejercicio corresponsable”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, pág. 12; BARRIOS BAUDOR, G.L., “Nuevo régimen jurídico...”, op. cit.; y BARRIOS BAUDOR, G.L., “Prestación económica de la Seguridad Social por ejercicio corresponsable en el cuidado del lactante”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021.

evitando que recaiga en uno solo”⁸⁸⁰. Es decir, la clave está en la finalidad que persigue este permiso: el fomento de la corresponsabilidad entre progenitores para el cuidado del menor. Por ello, con un solo progenitor, el legislador no permite el acceso al correspondiente permiso.

En cuanto al estudio de casos, abordamos el análisis de la STSJ del País Vasco de 06/10/2020⁸⁸¹, en la que se presenta el supuesto de una trabajadora (familia monoparental) que, ante el nacimiento de un hijo, solicita el reconocimiento de la prestación por nacimiento y cuidado de hijo, que le pudiera corresponder al otro progenitor en el caso que lo hubiera⁸⁸². Para resolver, el TSJ del País Vasco se basa en sus fundamentos de derecho en la doctrina del TS sobre la materia, en la que determina que “las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales”, de acuerdo a lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Continúa el tribunal afirmando que este interés superior del menor, es el que “debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad”⁸⁸³. Falla concediendo el derecho de la trabajadora, puesto que lo contrario supondría una situación discriminatoria y “una conculcación del derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño ya indicada de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989”⁸⁸⁴, puesto que “la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado va a sufrir una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir”. Así, concluye el tribunal que no conceder el derecho a este permiso, quebrantaría “el desarrollo del niño, al quedar atendido menos tiempo y con menor implicación personal de quien ha sido considerado progenitor”.

En nuestra opinión, es digno reconocer las buenas intenciones del legislador en la promoción de la corresponsabilidad entre los progenitores, sin embargo, con

⁸⁸⁰ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA, “Criterio de gestión 18/2020 sobre diversas cuestiones relacionadas con esta prestación prevista en arts. 183 a 185 del RDLeg 8/2015 TRLGSS, en la redacción dada por el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, INSS, 2020, págs. 4 y 5.

⁸⁸¹ Sobre esta sentencia, véase BALLESTER PASTOR, I., “Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 1, 2021.

⁸⁸² Sentencia que ha sido recurrida en casación.

⁸⁸³ SSTs de 25/10/2016, 16/11/20/16 y 14/12/2017.

⁸⁸⁴ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 («BOE» núm. 313, de 31/12/1990).

relación al permiso para el cuidado del lactante, no consideramos del todo acertado el discurso jurídico, en base a lo siguiente: 1) no debería utilizarse el marco normativo de las relaciones laborales y de la Seguridad Social para alcanzar este fin; 2) su aplicación podría incurrir en situaciones discriminatorias y vulneradoras de derechos, generándose una “presunta desigualdad entre familias y, consecuentemente, entre los menores a cargo de tales familias”⁸⁸⁵; y 3) sólo contempla un modelo familiar, basado en la presencia de dos progenitores que pueden y deben ocuparse, en el ejercicio de la corresponsabilidad parental, del cuidado del menor. Asimismo, compartimos los argumentos de la sentencia objeto de estudio, basada en los derechos del menor, de forma que su pertenencia a una familia monoparental, no debe perjudicar su desarrollo personal^{886 887}. Sin embargo, estimamos que este tipo de argumentaciones, basadas en una interpretación extensiva y flexible de la norma pueden tener escaso recorrido, puesto que el legislador es claro cuando se refiere al fomento de la corresponsabilidad entre progenitores para el cuidado del menor, como elemento básico de la finalidad que persigue este permiso. Por ello, nuestra propuesta debe ir dirigida al reforzamiento del marco legal y a la argumentación de la defensa de los derechos del menor como principio general de interés superior y sobre el que debe girar el derecho al acceso a este permiso, con independencia del tipo de familia en la que se halle. El legislador no puede olvidar que uno de los fines de esta reducción de jornada es facilitar a la persona trabajadora, el cuidado, la atención y la protección del menor, que constituye el bien tutelado. Por tanto, el legislador debería regular todos los aspectos relacionados con el cuidado del menor, con independencia del número de progenitores o figuras similares que lo cuiden. Entendemos muy necesaria la corresponsabilidad en el cuidado de los menores, sin embargo, no se debería emplear estos recursos legales con este fin, minusvalorando la protección del menor como fin último de esta reducción de jornada. Por último, no olvidemos que la negociación colectiva puede contemplar estos supuestos específicos (familias monoparentales), como beneficiarios del permiso en toda su extensión, aunque seguimos apostando por una regulación legal como prioridad.

Para finalizar, es preciso recordar que esta ampliación del permiso para el cuidado del lactante, se asoció inicialmente a la prestación económica de la Seguridad Social por el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante (arts. 183-185 LGSS). Prestación que es objeto de análisis en el *Capítulo 4* de este estudio.

⁸⁸⁵ BALLESTER PASTOR, I., “Las familias monoparentales...”, op. cit.

⁸⁸⁶ La SJS núm. 16 de Valencia de 10/05/2021, comparte todos los fundamentos de la comentada STSJ del País Vasco.

⁸⁸⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “El CGPJ avala que una magistrada progenitora única acumule los permisos por nacimiento que la ley prevé para familias biparentales, 2021. Enlace: <https://bit.ly/3x5B91V>.”

3.3.1.4. Modalidades del disfrute

Un primer análisis de este precepto, permite identificar tres formas en las que la persona trabajadora puede disfrutar de esta reducción de jornada⁸⁸⁸, a saber: a) ejercer el derecho tal y como se configuró originalmente, es decir, ausentarse de su puesto de trabajo durante una hora –dentro de la jornada–, tiempo que puede dividirse en dos fracciones; b) reducir su jornada laboral en media hora, al inicio o al final de la misma; y c) acumularlo en jornadas completas⁸⁸⁹.

Veamos pormenorizadamente las características y particularidades de cada modalidad de disfrute:

A) Derecho a ausentarse de su puesto de trabajo durante una hora –dentro de la jornada–, tiempo que puede dividirse en dos fracciones⁸⁹⁰.

La ausencia del puesto de trabajo, implicaría necesariamente que el trabajador se hubiera incorporado previamente, que hubiera desarrollado su trabajo, que se ausentara para ejercer el derecho a la lactancia y que debiera regresar a su puesto de trabajo para finalizar su jornada⁸⁹¹. Por tanto, no es posible ausentarse al inicio o al final de la jornada laboral, pues en esa situación, estaríamos ante un caso de reducción de jornada. En este sentido, la STJUE de 30/09/2010⁸⁹², denomina al permiso por lactancia ejercido bajo esta modalidad, como una “autorización de ausencia durante la jornada laboral”, medida encaminada a “favorecer a las mujeres al permitir que las madres que tienen la condición de trabajadoras por cuenta ajena conserven su empleo a la vez que dedican tiempo a su hijo”. En cuanto a la duración de la ausencia, caben dos posibilidades de disfrute: ausentarse durante una hora seguida, o bien dividir esta

⁸⁸⁸ La Recomendación 191 OIT (2000), en su apartado sobre madres lactantes determina que: “7. Sobre la base de la presentación de un certificado médico o de algún otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, el número y la duración de las interrupciones diarias para la lactancia deberían adaptarse a las necesidades particulares”; “8. Cuando sea posible, y con el acuerdo del empleador y de la mujer interesada, las interrupciones diarias para la lactancia deberían poder ser agrupadas en un solo lapso de tiempo para permitir una reducción de las horas de trabajo, al comienzo o al final de la jornada”.

⁸⁸⁹ Modalidad de disfrute introducida por la LOIMH. Disposición Adicional Primera, apartado cinco.

⁸⁹⁰ La primera referencia de esta modalidad de disfrute del permiso por lactancia, data de primeros del siglo XX, con la aprobación del Real Decreto de 13/11/1900. En su artículo 19 se establecía que “las obreras con hijos en el periodo de la lactancia tendrán una hora al día para dar el pecho a sus hijos. Dicha hora se dividirá en dos periodos de treinta minutos, utilizables uno por la mañana y otro por la tarde. No obstante, si la madre lo prefiriere, y siempre que al niño se lo lleven al taller o establecimiento donde aquélla presta sus servicios, podrá dividir la hora en cuatro periodos de a quince minutos, utilizables dos por la mañana y dos por la tarde. El tiempo destinado a la lactancia, siempre que no exceda de una hora diaria, no será descontable para los efectos de cobro de jornales. La madre, sin embargo, sometiéndose al descuento correspondiente, podrá dedicar a la lactancia de su hijo más tiempo de una hora diaria”.

⁸⁹¹ De acuerdo a la SJS nº 1 de Sabadell de 17 de julio de 2002, “la ausencia significa que la actora se encuentra en su puesto de trabajo prestando servicios y tiene derecho a ausentarse del mismo durante el tiempo de una hora y que puede dividir en dos fracciones, y no a reducir su jornada en una hora...”.

⁸⁹² Asunto C-104/2009, Caso Roca Álvarez.

ausencia en dos fracciones, que no necesariamente deben ser de treinta minutos cada una, pero que si deben sumar en total una hora^{893 894}.

Es importante destacar que el trabajador será el que decidirá si disfruta de la reducción para el cuidado del lactante bajo esta modalidad, no haciendo falta, por tanto, previsión legal, convencional o acuerdo individual con la empresa. Sin embargo, existe una premisa legal de preaviso establecida en el art. 37.7 LET, por la que “la persona trabajadora, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de cuidado del lactante o la reducción de jornada”⁸⁹⁵. Esta notificación deberá efectuarla el trabajador con el objetivo último que el empresario pueda organizar adecuadamente su actividad, el cual no podrá negarse al disfrute de este derecho por parte del trabajador⁸⁹⁶. Es decir, el único requisito impuesto por el legislador, se basa en el preaviso de quince días antes del comienzo del disfrute del permiso. Cumpliendo esta premisa, *¿el trabajador podría cambiar sucesivamente la forma en la que disfruta de este permiso bajo esta modalidad?* En principio, nada lo impediría, sin embargo, parece razonable y justo que sea compatible el ejercicio de este derecho con las facultades organizativas de la empresa, debiendo exigirse en todo momento el deber de buena fe contractual que vincula a ambas partes⁸⁹⁷. Podría considerarse abusivo el cambio reiterado, debiéndose permitir únicamente en caso de que concurran razones excepcionales⁸⁹⁸.

Las problemáticas que se plantean en torno a esta modalidad basculan en torno a la duración total de la jornada y su forma de desarrollarla, es decir, cómo se puede ejercer el derecho al disfrute de este permiso bajo esta modalidad en los casos de jornada laboral partida, de mañana y tarde, y en los casos de jornada a tiempo parcial.

⁸⁹³ En la actualidad, la opción de fraccionar la ausencia en dos periodos de tiempo que sumen una hora en total, es de muy difícil elección y ejecución, puesto que conllevaría abandonar el centro de trabajo, acudir al domicilio o guardería o centro en el que se encuentre el hijo, atender el cuidado o alimentación del menor de nueve meses y regresar a su puesto de trabajo, todo ello en menos de una hora. Por ello, FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Reducción de jornada...”, op. cit., pág. 17, plantea que la “hora de ausencia prevista por el art. 37.4 LET sólo parece suficiente para el fin propio de la lactancia en los casos en que el domicilio de la trabajadora está próximo al centro o cuando la propia empresa dispone de un servicio de guardería o, al menos, de instalaciones habilitadas para la lactancia en el propio centro, para los hijos de los trabajadores”.

⁸⁹⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012: lactancia”, Aranzadi Doctrinal, núm. 1, 2012, págs. 227-234.

⁸⁹⁵ En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., pág. 112, afirma que el plazo de preaviso de quince días aparenta excesivo cuando se trata de necesidades familiares. Opinión que se reitera en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., “Jornada de trabajo y derechos de conciliación”, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 100.

⁸⁹⁶ FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “El permiso de lactancia: duración y acumulación en los supuestos de parto y adopción múltiple”, en CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 179.

⁸⁹⁷ GARCÍA TESTAL, E., “La protección de la lactancia...”, op. cit., pág. 52.

⁸⁹⁸ SALA FRANCO, T., en “Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo”, Tribuna Social, núm. 14, 1992, págs. 7-12. RIVAS VALLEJO, M.P., “La conciliación de la vida familiar y laboral”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 3, 2004, págs. 245-410.

Concretamente, si el trabajador ejerce el derecho al final de la primera parte de la jornada y se incorpora a su puesto al comienzo de la segunda parte de su jornada, los tribunales lo han considerado una ausencia y no una reducción de jornada⁸⁹⁹. Igualmente, se considera ausencia de su puesto de trabajo, retrasar el comienzo de la segunda parte de su jornada, pues se considera que, desde el inicio de la jornada de mañana hasta el final de la jornada de la tarde, se considera la misma jornada diaria⁹⁰⁰. Parece evidente que en muchas ocasiones esta modalidad de disfrute, no podrá ser ejercida satisfactoriamente por determinados colectivos laborales, como aquellos que desarrollen su actividad en zonas alejadas de los núcleos urbanos residenciales. En el mercado laboral actual, es notorio el elevado tiempo que se invierte en los desplazamientos desde el domicilio particular al centro de trabajo y viceversa, por lo que la ausencia del puesto de trabajo en dos fracciones de media hora, puede llegar a ser inejercitable, debido a que en muchas ocasiones el tiempo invertido en desplazarse es superior al tiempo de interrupción de la jornada laboral⁹⁰¹.

Por último, es interesante poner de manifiesto que, con relación al disfrute del derecho a ausentarse por lactancia, la Recomendación nº 95 de la OIT sobre Protección de la maternidad (1952), en su apartado III.1. *Facilidades para las Madres Lactantes y los Hijos*, establecía que “Siempre que sea posible, las interrupciones para la lactancia de los hijos deberían representar una duración total de una hora y media, por lo menos, durante la jornada de trabajo, y deberían permitirse modificaciones, en cuanto a su frecuencia y a su duración, mediante presentación de un certificado médico”.

B) Derecho a la reducción de su jornada laboral en media hora, al inicio o al final de la misma.

La segunda opción que plantea el art. 37.4 LET es que el trabajador opte por reducir su jornada laboral en media hora, entendiéndose que podrá ser al comienzo o al final de la misma. En este caso, el tiempo del disfrute se reduce a media hora, pudiendo el trabajador incorporarse más tarde al inicio de su jornada o finalizar antes la misma, sin la obligación de reincorporarse de nuevo. En este sentido, la regulación convencional va estableciendo de forma paulatina mejoras en la duración máxima de esta reducción, de tal forma que, en numerosos convenios colectivos ya se plantea un aumento de esta duración máxima⁹⁰². La decisión de optar por esta modalidad de

⁸⁹⁹ STSJ de Madrid de 23/01/1990. Argumento similar el planteado en la STCT de 23/03/1988.

⁹⁰⁰ GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 99. En referencia a GARCÍA NINET, I., “Notas sobre las ausencias del trabajo...”, op. cit., págs. 33-34.

⁹⁰¹ STS de 20/06/2005.

⁹⁰² Con relación a la duración máxima de la reducción de jornada por permiso de lactancia, se están produciendo mejoras en los convenios colectivos, ampliándose el periodo de disfrute hasta una hora u hora y media en los casos de parto múltiple. Datos que se reproducen en VIQUEIRA PÉREZ, C., “Mejoras convencionales...”, op. cit. Como datos más significativos, el 40% de los convenios colectivos objeto de estudio del sector de la Admón. Pública, el 33% de la Enseñanza, el 18,75% de Artes gráficas, el 18,18% de la

disfrute corresponde exclusivamente a la persona trabajadora, pudiendo elegir libremente el momento de su jornada diaria en la que hará efectivo este derecho.

Cuando el legislador se refiere al derecho de reducción de la jornada laboral, no especifica cuál es la duración base de la misma para poder ejercer este derecho, es decir, *¿será la misma reducción con independencia de que la jornada dure ocho horas o dure cuatro horas?* Llegados a este punto, es importante mencionar que la LCVFL introdujo una modificación sustancial en cuanto a la duración de la jornada sustituyendo el término “jornada normal” por “su jornada” de trabajo, es decir, la que efectivamente realice el trabajador. Por ello, cabe deducir que desde entonces este derecho es claramente aplicable a los trabajadores contratados a tiempo parcial, con independencia de que la jornada que realicen sea la ordinaria legal u otra inferior⁹⁰³. En este sentido, la STSJ del País Vasco de 24/04/2001, determinó que la ley no distingue entre un tipo de jornada u otro, sino que la reducción efectiva debe ser de media hora, puesto que un menor tiempo, “se vería imposibilitada la atención a la lactancia”, yendo en contra del espíritu del art. 37.4 LET.

C) Derecho a la acumulación en jornadas completas.

La tercera opción que plantea el legislador, se centra en la posibilidad de acumulación en jornadas completas del tiempo de disfrute del permiso para el cuidado del lactante, siempre según lo establecido en la negociación colectiva o en el acuerdo individual que se pacte con la empresa, respetando en este caso lo establecido en el convenio colectivo que le resulte de aplicación⁹⁰⁴.

Este derecho de acumulación en jornadas completas fue incorporado por la LOIMH⁹⁰⁵, que muy probablemente estuvo inspirada por la STS de 20/06/2005, en la que se determinaba que: “el art. 37 ET es un precepto de derecho necesario relativo, que puede ser mejorado por norma convencional, tal como de forma constante sostiene un sólido criterio jurisprudencial. (...) El permiso de lactancia (...) es susceptible de admitir la mejora en el convenio y esto es, lo que han hecho las partes

Construcción y el 17,96% del Comercio, presentan mejoras en la regulación legal por reducción de jornada por lactancia. En este sentido, TORRES LÓPEZ, J. et al., “La incorporación de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en los convenios colectivos. El caso andaluz.”, *Temas Laborales*, núm. 88, 2007, pág. 47, explica que de los 864 convenios objeto de estudio, el 24,2% de los mismos, es decir, 209 convenios, presentan una mejora en el tiempo de reducción de jornada por lactancia, en concreto amplían esta reducción a una hora, media hora adicional a la establecida legalmente; el 1,4% (12 convenios) amplía la reducción a una hora y media y el 0,1% (1 convenio) la amplía en más de una hora y media.

⁹⁰³ STSJ de Cataluña de 18/03/2003. F.D. 2º. Idéntico fundamento plantea la STSJ de las Islas Canarias de 20/02/2006. Misma teoría es la defendida por SALA FRANCO, T., en “Trabajadores con responsabilidades...”, op. cit., págs. 7-12.

⁹⁰⁴ Se trata de una opción personal de mejora, nunca una imposición, que permite a los trabajadores que, por motivos personales, consideren que su derecho queda más protegido y la finalidad de la norma más garantizada con la acumulación de los permisos de lactancia (STS 20/06/2005).

⁹⁰⁵ Disposición Adicional 11ª.

firmantes del convenio colectivo impugnado, en el uso y ejercicio legítimo de su autonomía colectiva, al permitir que el titular del derecho pueda voluntariamente optar por la acumulación de los permisos si, como consecuencia de sus necesidades, dicha acumulación garantiza mejor la protección y atención del recién nacido, que es precisamente la finalidad que persigue el art. 37 ET⁹⁰⁶.

Esta modalidad, no se entiende como un derecho absoluto de la persona trabajadora, sino que se encuentra condicionado a lo que esté previsto en el convenio colectivo o acuerdo individual con la empresa. Por tanto, se produce un mandato específico a la negociación colectiva o al acuerdo individual con la empresa, permitiendo al trabajador por su propia voluntad, optar por ejercer este derecho en su modalidad de acumulación en jornadas completas, correspondiéndole al convenio colectivo la determinación de la forma, los requisitos y la duración del ejercicio del derecho⁹⁰⁷.

Con relación a esta modalidad de disfrute debemos plantearnos tres cuestiones sobre la forma de ejercerla:

- 1. Primera cuestión:** *¿es requisito imprescindible que esté regulada por la negociación colectiva o por acuerdo contractual?* En este sentido, la STS de 11/11/2009 no tiene dudas, el derecho a la acumulación sólo podrá hacerse efectivo si hay previsión convencional o acuerdo con la empresa. Se reconoce de “manera expresa al convenio y al acuerdo contractual la posibilidad de establecer la acumulación en las condiciones que estimen oportunas”. De esta forma, un convenio colectivo podría establecer un tope de acumulación de días o excluir incluso la acumulación⁹⁰⁸. Es preciso señalar que el legislador otorga un mandato específico a la negociación, sin determinar la forma en la que se puede acumular este permiso. Así, nada dice al respecto sobre su cuantificación, extensión y cómputo, pues parece que se le concede plena libertad a la negociación colectiva, sin imponer requisitos al respecto⁹⁰⁹.

⁹⁰⁶ Criterio expuesto en la STS de 19/04/2018, F.D cuarto.

⁹⁰⁷ GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 100.

⁹⁰⁸ De acuerdo a los datos que se reproducen en VIQUEIRA PÉREZ, C., “Mejoras convencionales...”, op. cit., la regulación de la acumulación en jornadas completas en la negociación colectiva es muy dispar en función del sector que se regule. Así, como datos más significativos de mejoras convencionales, se destacan: 1) En el Sector de la Hostelería, el 20% de los convenios colectivos analizados (2 convenios) precisa el número de días resultado de la acumulación por el permiso de lactancia, además, el 10% (1 convenio) precisa esta acumulación y amplía derechos; 2) En el Sector de Instituciones Financieras y de Seguro, el 21,31% (13 convenios) precisa el número de días resultado de la acumulación, en los que la fórmula más repetida es la que tiene como cifra resultante la de quince días naturales; y 3) En el Sector de Transportes y Comunicaciones, el 15,57% (19 convenios) precisa el número de días de acumulación, en los que presentan fórmulas muy dispares, sin embargo, la cifra más repetida es la de los quince días.

⁹⁰⁹ FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “El permiso de lactancia...”, op. cit. en CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “Conciliación de la vida...”, op. cit., pág. 183.

Como ya se ha citado anteriormente, el derecho que otorga el art. 37.4 LET es un derecho necesario relativo, es decir, que es susceptible de mejora a través de la negociación colectiva o los pactos⁹¹⁰. En este sentido, pueden darse situaciones en las que se opte voluntariamente por la acumulación del permiso, garantizándose mejor la protección y atención del recién nacido, que es precisamente la finalidad que persigue este artículo⁹¹¹. Por tanto, el convenio colectivo complementa y es elemento necesario sin el cual no podrá disfrutarse de esta modalidad del permiso para el cuidado del lactante. Es decir, debe tratarse siempre de una opción personal del trabajador, nunca una imposición, permitiendo acogerse a este derecho los trabajadores que así lo estimen⁹¹².

Tomando como punto de partida la remisión expresa al convenio colectivo, se han detectado diversos pronunciamientos judiciales que permiten ejercer el derecho bajo la modalidad de acumulación en jornadas completas, aunque no se encuentre regulado por norma colectiva. Por ejemplo, se ha permitido la posibilidad de ejercer la acumulación en base a la práctica habitual de la empresa, de conceder 13 días de permiso por lactancia acumulado, computando media hora por cada día de trabajo efectivo. En este caso, la trabajadora solicitaba 26 días de permiso, en base a una hora diaria, hecho que, según el fallo del tribunal, no podía producirse, puesto que carece de lógica esta postura sin establecerse previamente en el convenio colectivo, ni haberse acordado entre las partes⁹¹³. Sin embargo, con relación a la práctica empresarial, la STS de 19/04/2018, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, determina que “la fijación de los términos del derecho de acumulación, desde luego, no puede dejarse a la práctica empresarial cuando el propio art. 37.4 del ET lo somete al acuerdo de voluntades y no a la decisión unilateral del empresario”⁹¹⁴ ⁹¹⁵. Igualmente, en la sentencia se establece que tampoco podría entenderse que “la voluntad del trabajador, a pesar de ser el titular del derecho, pueda definir los términos del derecho, en ausencia de especificación en la norma colectiva, porque tampoco es

⁹¹⁰ STSJ de Cataluña de 23/06/2005.

⁹¹¹ STS de 20/06/2005, citado igualmente en la STSJ de Cataluña de 21/09/2007.

⁹¹² FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “El permiso de lactancia...”, op. cit. en CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “Conciliación de la vida...”, op. cit., pág. 181.

⁹¹³ STSJ de Galicia de 29/05/2012 (aclarada por Auto de 25 de junio de 2012), STSJ de Cataluña de 23/10/2009 y STSJ de Castilla y León de 30/05/2012. En comentario de VELASCO PORTERO, M.T., “El conflicto entre conciliación...”, op. cit., pág. 72.

⁹¹⁴ Esta sentencia, desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de la mercantil Valeo Iluminación S.A., y confirmó la STSJ de Andalucía de 04/02/2016, que a su vez había confirmado la SJS de Jaén de 23/09/2015, en proceso de conflicto colectivo.

⁹¹⁵ Sobre esta sentencia, véase comentario en SEMPERE NAVARRO, A.V., “¿Cuándo y cómo se acumula el permiso por lactancia? (Al hilo de la STS-SOC 419/2018 de 19 abril)”, Aranzadi Doctrinal, núm. 7, 2018, pág. 17. Igualmente, véase DIARIO LA LEY, “El permiso de lactancia acumulado ha de calcularse sobre la hora entera de ausencia del centro del trabajo”, núm. 9.205, Sección La sentencia del día, 25 de mayo de 2018, Wolters Kluwer.

lo que se indica en el art. 37.4 ET, a diferencia, por ejemplo, de lo que se establece en el art. 37.8 del ET. Esto es, que ni la práctica de empresa ni la voluntad unilateral del trabajador puede, aisladamente, configurar el derecho de acumulación”. En idéntico sentido se pronunciaba la STS de 04/03/2005, en la que se determinaba que, en los casos de la prácticas, usos y costumbres laborales, “la Ley atribuye a los usos y costumbres laborales la condición de fuente subsidiaria de último grado, puesto que, (...) sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales”, hecho que no sucede en el caso del art. 37.4 LET. En cualquier caso, para el disfrute de este derecho bajo esta modalidad, se deberá estar a lo establecido en el convenio colectivo que lo regule, debiendo prevalecer la interpretación tendente a facilitar el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral⁹¹⁶.

Es interesante mencionar que durante la tramitación parlamentaria de la LOIMH, se presentaron numerosas enmiendas sobre la reforma del art. 37.4 LET y, alguna se oponía en rotundo a esta deferencia en favor de la negociación colectiva, argumentando que “debe ser el Estatuto de los Trabajadores el que establezca la posibilidad del trabajador titular del derecho de acumular, a su opción, el periodo de lactancia en quince días de jornada completa, sin condicionarlo a su regulación por la negociación colectiva⁹¹⁷”. Propuesta que, en nuestra opinión, debería incluirse en el marco normativo, al objeto de que el propio titular del derecho sea el que disponga de la posibilidad de la acumulación. En caso contrario, en aquellos supuestos en los que no se incluya esta modalidad en el marco de la negociación colectiva, no podrían acceder al ejercicio de este derecho bajo esta modalidad concreta.

- 2. Segunda cuestión:** que gira en torno a las reglas para el cálculo de los días de acumulación y el momento en el que se podrá disfrutar de la misma, puesto que el texto estatutario no especifica cómo se realizará, dejando esta decisión en manos de la negociación colectiva o el acuerdo individual con la empresa. Es decir, esta acumulación, *¿se realizará en base a media hora o una hora completa diaria?* y *¿cuál es el mejor momento para el disfrute de este derecho?* Parece razonable que esta acumulación se haga en base a la opción más favorable para el trabajador, es decir, teniendo en cuenta el derecho a una hora de ausencia por día, con independencia de la jornada real del trabajador⁹¹⁸.

⁹¹⁶ SAN de 21/01/2020.

⁹¹⁷ Enmienda núm. 150, que fue propuesta por el Grupo parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 22/11/2006. Enmienda que no prosperó y que se citó y comentó en la STS de 19/04/2018.

⁹¹⁸ GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 100. Mismo planteamiento plantea QUINTERO LIMA, M.G., “El permiso de lactancia y el riesgo durante la lactancia: novedades y algunos problemas prácticos”, en MERCADER UGUINA, J.R., “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 539-587.

Las resoluciones de los tribunales de justicia han determinado que, “cuando el trabajador o trabajadora opta por esta segunda forma alternativa de ejercicio del derecho, la acumulación por jornadas completas, ha de referirse a cada hora diaria de ausencia al trabajo a que, con carácter general, se tiene derecho” (STSJ de Castilla y León de 30/05/2012)⁹¹⁹. En este mismo sentido se expresa la STSJ de Cataluña de 21/09/2007, determinando que “cuando el convenio o pacto establece el derecho a la acumulación del tiempo de lactancia sin más concreción, el tiempo de lactancia a acumular debe referirse a la hora de ausencia retribuida del art. 37.4 ET y no a la media hora de reducción de la jornada”⁹²⁰.

El TS en unificación de doctrina, dictó sentencia en fecha de 19/04/2018 –ya citada anteriormente–, en la que se siguió la línea interpretativa de los pronunciamientos judiciales vistos hasta ahora, fallo judicial que, bajo nuestro punto de vista, clarifica de forma definitiva la forma en la que se puede disfrutar de este derecho. Así, en su F. D. Cuarto determina que “...el legislador ha señalado que la negociación colectiva puede permitir acumular en jornadas completas el derecho. Dado que ese derecho consiste en ausentarse del centro de trabajo, este permiso es el que se acumula y, por tanto, lo es sobre la hora de ausencia. La norma estatutaria acude a la expresión “acumularlo”, en clara referencia al derecho y no dice “acumularla” en referencia a la reducción de jornada. Por tanto, lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional”. Empleando la semántica léxica y realizando una lectura minuciosa del art. 37.4 LET, el TS no deja lugar a dudas en cuanto a la forma en que debe producirse esta acumulación de jornadas.

En nuestra opinión, de manera muy inteligente, cuando el legislador cita textualmente: “...acumularlo en jornadas completas...”, se refiere al derecho a una hora de ausencia del trabajo, citado en el párrafo anterior y siempre que así se disponga en la negociación colectiva, que nunca podrá ser inferior al mínimo de derecho necesario. En el supuesto que se refiriera a la media hora de reducción de jornada, debería haber empleado el término “acumularla”, en lugar del que está actualmente en el art. 37.4 LET párrafo segundo. Se trata de una interpretación aparentemente “sencilla”, pero que el fallo judicial del TS ha puesto de manifiesto de manera contundente, al objeto de aclarar las dudas que se estaban planteando sobre este derecho, unificando la discrepante posición que

⁹¹⁹ Continúa esta sentencia afirmando que “Esta es la conclusión a la que se llega aplicando las reglas de interpretación -gramatical, lógica y sistemática- contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, no existiendo base para una interpretación reduccionista, como la que pretende la empresa recurrente, de limitar la posibilidad de acumular en jornadas completas solo la primera de las formas de ejercicio alternativo del derecho, la reducción de jornada en media hora, pues donde la ley no distingue, tampoco le es lícito al intérprete distinguir. Argumentación que se comparte en la STSJ de Cataluña de 23/10/2009.

⁹²⁰ Teoría igualmente compartida por la STSJ de Cataluña de 23/06/2005.

la doctrina judicial venía manteniendo sobre el particular y así contribuyendo a reducir el número de incertidumbres que surgen sobre la ordenación del tiempo de trabajo⁹²¹. En definitiva, podemos concluir que el derecho a la reducción de jornada para el cuidado del lactante, en su modalidad de acumulación, se debe calcular en base a una hora entera de ausencia del centro de trabajo.

Es necesario precisar, que el relevante fallo del TS, se produce tras reconocer que el convenio colectivo de aplicación, sí recogía la posibilidad de disfrute mediante la acumulación de jornadas, generándose el conflicto en la forma en la que se podía ejercer esta modalidad (media o una hora por jornada). Ahora bien, en el supuesto que el acuerdo colectivo o individual con la empresa no lo prevea expresamente, el trabajador no podrá ejercer este derecho bajo la modalidad de acumulación⁹²².

Igualmente, es necesario aclarar si esta hora de acumulación diaria de ausencia al trabajo es un derecho reconocido de forma completa a todos los trabajadores con independencia de la duración de su jornada laboral o, por el contrario, es sólo válido para aquellos trabajadores que realicen una jornada completa de cuarenta horas semanales⁹²³, siendo necesario aplicar de forma proporcional esta hora a otras jornadas inferiores. Parece evidente que cuando el legislador modificó la redacción del precepto sustituyendo el término “jornada normal” por “su jornada”, refiriéndose a la que efectivamente realice el trabajador, no dejó lugar a dudas de que el periodo de acumulación se realizaría en base a una hora diaria de ausencia, con independencia de la duración de su jornada laboral diaria⁹²⁴. En este sentido, la jurisprudencia determina que un trabajador que tenga un contrato a jornada parcial o bien una reducción de jornada, cualquiera que sea su causa, no implica la correspondiente reducción o minoración del permiso de lactancia, al ser derechos distintos. Este derecho es claramente aplicable a los trabajadores contratados a tiempo parcial, cualquiera que sea la causa⁹²⁵, no permitiéndose asimismo reducir el derecho al permiso por lactancia, debido entre otros, al principio de igualdad de derechos entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo⁹²⁶.

⁹²¹ SEMPERE NAVARRO, A.V., “¿Cuándo y cómo se acumula...”, op. cit., pág. 17.

⁹²² Como así se recoge en la STSJ de Asturias de 19/02/2019.

⁹²³ Art. 34.1 LET.

⁹²⁴ Modificación operada por la LCVFL.

⁹²⁵ STSJ de Cataluña de 18/03/2003.

⁹²⁶ Establecido en el Art. 12.4.d) LET. De acuerdo a la STSJ de Canarias de 20/02/2006. La STSJ del País Vasco de 12/06/2018, falla en el mismo sentido, declarando que el permiso por lactancia debe reconocerse y disfrutarse en toda su extensión, con independencia de que el beneficiario tenga o no una reducción de su jornada laboral.

Igualmente, el momento idóneo para el ejercicio de esta modalidad de disfrute, no viene recogido expresamente en la normativa, sino que deberá ser la negociación colectiva y el acuerdo individual en su caso, los que determinen este periodo de tiempo. De la misma manera, el art. 37.4 LET no establece como límite temporal para la modalidad de acumulación, el cumplimiento de los nueve meses de edad del menor objeto del derecho al permiso para el cuidado del lactante; sin embargo, se entiende que este límite si debe operar, puesto que así viene delimitado en la propia definición del derecho, es decir, se debería disfrutar de este permiso bajo la modalidad de acumulación en jornadas completas antes de que el menor cumpla los nueve meses de edad⁹²⁷.

3. Tercera cuestión: *¿es necesario que el acuerdo individual entre empresario y el trabajador respete, en todo caso, lo establecido en el convenio colectivo que le resulte de aplicación?* Este acuerdo individual puede sentar las bases para el disfrute del derecho al permiso para el cuidado del lactante en su modalidad de acumulación de jornadas completas. Si bien, es necesario matizar los tipos de acuerdos que se pueden alcanzar, teniendo en cuenta la existencia de convenio colectivo que regule tal aspecto.

- **En el supuesto que no exista convenio colectivo de aplicación o que el mismo no regule expresamente esta modalidad acumulativa:** el empresario y el trabajador serán libres para determinar las reglas por las que se regirá esta acumulación de jornadas completas. De esta forma, la persona trabajadora no puede unilateralmente decidir la forma de acumulación de jornadas completas, sino que previamente debe haber un acuerdo con la empresa en este sentido. Por tanto, la primera parte del art. 37.7 LET no será de aplicación directa a este caso particular.

- **Sí existe convenio colectivo que le resulte de aplicación y que además regula esta modalidad de disfrute del permiso para el cuidado del lactante:** el pacto individual quedaría subordinado al contenido, reglas y alcance establecidos en la negociación colectiva. En estas situaciones, en la mayoría de los casos, el acuerdo individual estaría muy limitado, puesto que todo vendría determinado por el convenio colectivo, dejando al acuerdo las posibles mejoras y condiciones más beneficiosas de acuerdo al art. 3.1.c LET⁹²⁸.

4. Cuarta cuestión: *¿se puede imponer al trabajador esta modalidad de disfrute del permiso?* Esta opción de acumulación se podrá ejercer cuando así esté regulado convenientemente y además sea elegido libremente por el trabajador, de forma que, aunque la negociación colectiva lo regule expresamente, complementando el

⁹²⁷ GARCÍA TESTAL, E., “La protección de la lactancia...”, op. cit., pág. 67.

⁹²⁸ GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., págs. 102-103.

art. 37.4 LET, no se puede imponer esta opción al trabajador, puesto que únicamente podrá ejercerse este derecho cuando así lo elija, limitándose únicamente el convenio colectivo a ofrecer esta posibilidad⁹²⁹.

5. Quinta cuestión: *¿la empresa puede negarse a autorizar la acumulación en jornadas completas?* La respuesta es clara, la empresa podría incurrir en un incumplimiento grave de sus obligaciones si rechazara la acumulación del permiso para el cuidado del lactante, sin justificación, ni explicación de ningún tipo, impidiendo la reducción de jornada solicitada⁹³⁰. En este caso, se deberá estar a lo dispuesto en el art. 37.7 LET, que determina que las discrepancias que surjan entre el empresario y el trabajador en esta materia, se resolverán por la Jurisdicción Social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), asunto que por su importancia le dedicamos un apartado específico en nuestro estudio.

Recopilando lo esencial de las modalidades del disfrute del permiso para el cuidado del lactante, es interesante mencionar que hay una variedad que permite a la persona trabajadora escoger entre diferentes opciones para ejercer este derecho en la forma que mejor se adapte a sus necesidades personales y familiares. Sin embargo, hay una modalidad que destaca sobre el resto de opciones en cuanto al número de personas que acceden a este permiso en detrimento de las otras modalidades: la acumulación en jornadas completas⁹³¹. En nuestra opinión, es evidente el éxito de esta modalidad por varios motivos: 1) la modalidad de ausencia del puesto de trabajo durante una hora (dentro de la jornada), tiempo que puede dividirse en dos fracciones, es una opción débil y que no resultaría beneficiosa para la mayoría de los trabajadores, pues implicaría comenzar la jornada laboral, realizar uno o dos descansos, atender al menor y regresar a la empresa para finalizar su jornada. Entendemos que en muchos casos no son viables los desplazamientos de los trabajadores, pues probablemente el tiempo que se deba emplear en los mismos sea muy superior al dedicado al propio menor y al tiempo de interrupción de la jornada laboral, como así se pone de manifiesto en la comentada STS de 20/06/2005. Se trata de una modalidad de permiso que tenía su sentido en el modelo de trabajo femenino de primeros del siglo XX, que implicaba que las mujeres trabajadoras solían llevar a sus hijos recién nacidos a su

⁹²⁹ Véase al respecto DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN "La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa", Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 163. Misma opinión comparte SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., en "Conciliación de la vida familiar...", op. cit., págs. 227-234, citado igualmente en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., "Jornada de trabajo...", op. cit., pág. 103.

⁹³⁰ STSJ de Andalucía de 13/07/2011.

⁹³¹ Gran parte de la doctrina científica pone de manifiesto que es la modalidad más utilizada.

lugar de trabajo a efectos de alimentarlos⁹³²; 2) Reducir la jornada laboral en media hora al inicio o al final de la misma, es una opción más interesante que la anterior, pues permitiría dedicar más tiempo al cuidado del menor, evitando desplazamientos innecesarios. Sin embargo, entendemos que en los primeros meses de vida del menor, dedicar media hora más al día al comienzo o al final de la jornada laboral no es suficiente para atenderlo y cuidarlo debidamente; 3) Acumular el permiso para el cuidado del lactante en jornadas completas, se está convirtiendo en la modalidad más escogida por los trabajadores, puesto que en muchos casos se permite que el tiempo de disfrute sea tras la finalización del permiso por maternidad, “alargando” este descanso en algunas semanas adicionales, periodo de tiempo que es fundamental en la alimentación, cuidados y atenciones específicas del menor durante sus primeros meses de vida.

El principal inconveniente que presenta esta modalidad es que previamente debe estar regulado por la negociación colectiva o acuerdo individual, sin las mismas no podrá disfrutarse el permiso bajo esta opción. Por ello, entendemos que el legislador debería fomentar el uso de esta modalidad de disfrute, librándola de las “ataduras” de la negociación colectiva o acuerdo individual, de tal forma que se regulen expresamente las condiciones y requisitos de su disfrute, evitando la dualidad de trabajadores basada en la existencia de convenio colectivo que lo regule o acuerdo con la empresa a tal efecto.

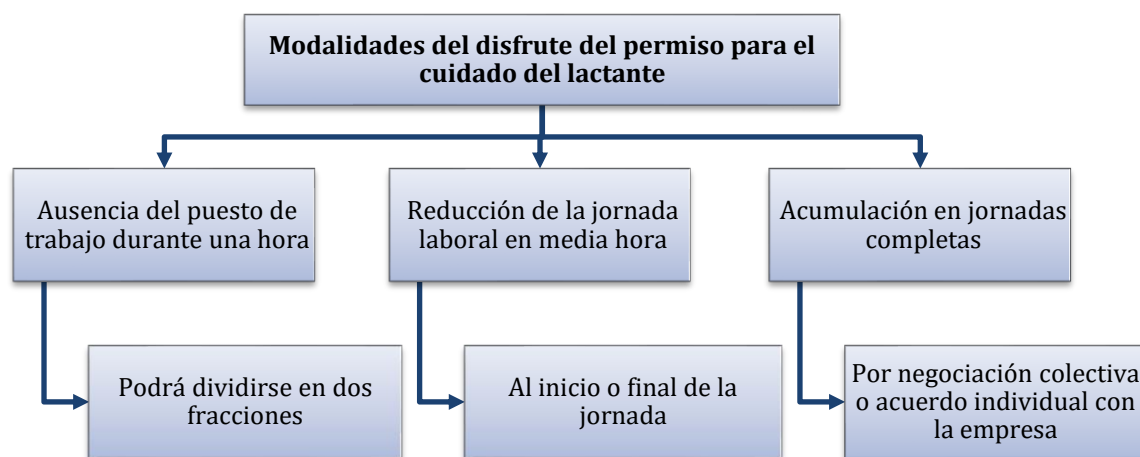


FIGURA 3.1. Esquema general con las modalidades del disfrute del permiso para el cuidado del lactante.

3.3.1.5. Titulares del derecho

La modificación del art. 37.4 LET, operada por la Ley 3/2012, configuró este permiso como “...un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres...”,

⁹³² ESPUNY TOMAS, M.J., “La protección de la maternidad...” op. cit., pág. 2.

haciendo extensivo el ejercicio de este derecho a ambos progenitores, con independencia del sexo del trabajador. Si bien es cierto, antes de la entrada en vigor de esta ley, el último párrafo del art. 37.4 LET establecía que “este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”⁹³³. Sin embargo, el legislador asumía que la titularidad de este derecho y la voluntad que debía predominar era la de la mujer trabajadora, todo ello a tenor del texto literal del mismo precepto: “las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que...” o “la mujer, por su voluntad, podrá...”, expresiones que estuvieron admitidas hasta la entrada en vigor de la citada ley.

El texto vigente ha sustituido esas afirmaciones por otras que intentan adaptarse a la realidad social, no acotando las diferentes posibilidades –personales– del ejercicio de este derecho. Ejemplo de ello son expresiones como: “las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo...”; “quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá...” o “la reducción de jornada contemplada en este apartado constituye un derecho individual de las personas trabajadoras...”. Por tanto, tras las reformas de 2012 y 2019, han desaparecido las polémicas en torno a la titularidad de la madre como sujeto que únicamente podía disfrutar de este permiso, dejando al otro progenitor, en un segundo plano, de tal forma que ya no hay duda al respecto, ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores tienen derecho a la reducción. Por tanto, no hay una titularidad única, ni siquiera preferente, el trabajador es titular del derecho con independencia del sexo, sin necesidad de que nadie le ceda la facultad, como sucedía hasta la reforma de 2012 ⁹³⁴.

⁹³³ Texto introducido por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la 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. «BOE» núm. 57, de 08/03/1989.

⁹³⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Conciliación de la vida familiar...”, op. cit., págs. 227-234. En opinión de FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “El permiso de lactancia...”, op. cit. en CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “Conciliación de la vida...”, op. cit., pág. 176, la titularidad exclusivamente femenina carecía de sentido y se oponía a la corresponsabilidad en la asunción de las obligaciones familiares y laborales de los trabajadores, de acuerdo a la STJUE de 30/09/2010.

Anterior a la reforma de 2019, el legislador no admitía el disfrute acumulativo simultánea o sucesivamente por ambos progenitores (STSJ de Andalucía 24/04/2001). En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., pág. 406, califica como defecto que el legislador establezca que este permiso “sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”. En su opinión, era necesario un permiso por lactancia que compaginara la igualdad entre mujeres y hombres, el fomento del uso paterno y la facilitación de la lactancia natural.

Hasta el momento, la STC núm. 109/1993 de 25 de marzo, en la que se planteaba cuestión de inconstitucionalidad del art. 37.4 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, no consideraba discriminatoria por razón de sexo la atribución a la mujer con carácter preferente del permiso o reducción por lactancia, sino que consideró la titularidad femenina del permiso como una medida de acción positiva (LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., pág. 405). El tribunal se basaba en el tipo de lactancia –natural y artificial– para determinar que la ley debía reconocer los mismos derechos a ambos progenitores, con independencia del sexo, así precisaba que “en los casos de lactancia natural es evidente que sólo la mujer podrá utilizar este permiso para dicha finalidad, en los supuestos, (...), de lactancia artificial, (...) es posible que por los motivos que sea, deba delegar tal función. Y en tales casos, lo más deseable es que sea el padre el encargado de la lactancia, y por ello que la Ley reconozca el mismo derecho a ambos progenitores”. Asimismo, la sentencia afirmaba que el art. 37.4 LET, en su redacción original, sólo

Es decir, la modificación del art. 37.4 realizada en 2019, supuso una ampliación en la titularidad de esta reducción de jornada, puesto que, hasta el momento el derecho sólo podía ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajasen. Actualmente, la reducción de jornada “constituye un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor”. Por tanto, la novedad reside en que el legislador permite que ambos progenitores o figuras asimiladas disfruten simultáneamente de esta reducción de jornada, constituyendo una titularidad compartida. En nuestra opinión con esta simultaneidad, se fomenta el uso por parte del otro progenitor, de la reducción de jornada para el cuidado del lactante, situación que sería más acorde con el principio de igualdad entre ambos progenitores⁹³⁵. Lo interesante de esta medida es que se posibilite el reparto de las cargas familiares entre ambos progenitores, no dejando recaer en la mayoría de los casos sobre la mujer trabajadora la responsabilidad del cuidado del menor de nueve meses⁹³⁶.

Con esta última reforma, se produce el cumplimiento de la individualización de derechos que se exige en la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. El objeto de ésta, es la “consecución de la igualdad a través de una individualización de los derechos de conciliación y fórmulas de trabajo flexible, para lograr una distribución equilibrada de la titularidad de los derechos”⁹³⁷. Así, estas últimas reformas, han ampliado las opciones de disfrute de la reducción de jornada a otros modelos de familia que hasta el momento estaban excluidos de su ámbito de aplicación. La continua evolución de la sociedad, está permitiendo que aparezcan nuevas estructuras familiares que se están incorporando paulatinamente al derecho laboral⁹³⁸. Así, a la familia tradicional de hombre y mujer e hijos, se han unido otras como, las familias monoparentales –con un solo progenitor, ya sea hombre o mujer–; las familias creadas bajo matrimonios homosexuales, siendo los dos cónyuges del mismo sexo –hombres o mujeres–, e incluso las familias con hijos adoptivos o

otorgaba el derecho al permiso de lactancia a la mujer trabajadora, entendiendo que la privación del mismo al padre sólo por su condición de varón podría vulnerar lo dispuesto en la CE, puesto que el padre se podría encargar de la nutrición del menor mediante lactancia artificial.

⁹³⁵ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., “Jornada de trabajo...”, op. cit., págs. 91-92.

⁹³⁶ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., “Jornada de trabajo...”, op. cit., págs. 92-93.

⁹³⁷ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en las reducciones y adaptaciones de jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, pág. 132.

⁹³⁸ La LOIMH sustituyó en algunos preceptos de la LET el término “padre” por el de “progenitor”, no interviniendo así en el art. 37.4 LET.

acogidos, con independencia de la existencia o no de matrimonio o de que se trate de matrimonios del mismo sexo⁹³⁹.

Toda vez que se ha conceptualizado como un derecho individual, abordamos el alcance del mismo, en base a las diferentes situaciones que pueden producirse:

A) Ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores trabajan

Si ambos progenitores trabajan, la Ley permite que uno y otro puedan disfrutar de manera conjunta de esta reducción de jornada. Se trata de un derecho individual de las personas trabajadoras, no pudiendo transferirse su ejercicio al otro progenitor. Es decir, cada progenitor puede decidir libremente si ejerce este derecho y la forma en la que lo hace, no siendo necesaria la concurrencia de criterios en la elección. La reforma de 2012 de este precepto, cambió sustancialmente la concepción de este permiso, que establecía la obligatoriedad de que ambos progenitores fueran trabajadores, así se interpretó de forma rotunda por diversos pronunciamientos jurisprudenciales⁹⁴⁰.

Centrándonos en el supuesto de que ambos progenitores sean trabajadores, es necesario tener en cuenta la forma en la que se prestan los servicios laborales retribuidos y como puede condicionar al ejercicio de este derecho por los trabajadores. La cuestión central es determinar si influye en el disfrute de la reducción de jornada la forma en la que se prestan los servicios laborales, es decir, si coexisten los mismos derechos tanto para trabajadores por cuenta ajena como para trabajadores por cuenta propia.

En primer lugar, es preciso recordar que el trabajo realizado por cuenta propia no está sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente⁹⁴¹. Por tanto, en el supuesto de que ambos progenitores fueran trabajadores por cuenta propia, no podrían ser titulares de este derecho, pues no estarían incluidos en el ámbito de aplicación de la LET, norma que regula este permiso. Sin embargo, un derecho similar se regula en el Estatuto del trabajo autónomo, que establece que los trabajadores autónomos, en el ejercicio de su actividad profesional, tienen -entre otros- el derecho individual a suspender su

⁹³⁹ El legislador excluye del ámbito subjetivo de aplicación del art. 37.4 LET a otros familiares (abuelos, tíos, etc.), que, aunque no lo son de primer grado del menor en cuestión, pudieran tener la custodia del mismo por diversas circunstancias.

⁹⁴⁰ La STSJ de Castilla y León de 12/07/2012 determinó que el art. 37.4 LET exigía que ambos progenitores fueran trabajadores, por tanto, no sería posible solicitar el permiso en cuestión por uno de los padres, si el otro no trabajaba. La madre se encontraba en excedencia y por tanto no había prestación efectiva de servicios, con la consecuente disponibilidad de la trabajadora para el cuidado del hijo, el padre no tiene derecho al permiso por lactancia. La Ley requería, expresa y literalmente, que ambos trabajaran, en caso contrario, no se podía ejercer el derecho al permiso por lactancia, siendo un presupuesto ineludible y necesario para su concesión. Criterio que ya fue seguido por la STSJ de Castilla y León de 04/12/2008 o la STSJ de Castilla La Mancha de 25/03/1999.

⁹⁴¹ Disposición adicional primera LET.

actividad para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante. Sobre el ejercicio de este derecho y la forma en la que se podía disfrutar, el legislador no aportó referencias, puesto que entendemos que carecería de sentido, al no existir empleador frente al que ejercer este derecho.

Como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, se incluyó este derecho individual que, hasta el momento no se contemplaba para los trabajadores autónomos, lo que para algunos autores y en nuestra opinión, tenía coherencia, “al no haber un empleador frente al que ejercer el derecho a una reducción de jornada, por desempeñarse el trabajo por cuenta y riesgo del propio trabajador”⁹⁴². Concretamente, la reforma de 2019 estableció el derecho a la suspensión de la actividad laboral para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante⁹⁴³. En nuestra opinión, el legislador pretende promover acciones que vayan encaminadas a conseguir el cuidado compartido y corresponsable del lactante, no dejando recaer esta obligación en la madre, como ocurre en muchas ocasiones. Por ello, entendemos que no se trata de una finalidad laboral propiamente dicha, sino que va más allá, intentando propiciar con estas pequeñas acciones o regulaciones normativas, un cambio de modelo social o de mentalidad, en cuanto al cuidado del lactante.

En segundo lugar, si ambos progenitores son empleados por cuenta ajena y su contrato laboral no está en suspenso, este derecho podrá ser disfrutado por los dos trabajadores indistinta y simultáneamente. En este sentido y al efecto de que la empresa no se vea afectada en su funcionamiento, como consecuencia del ejercicio de este derecho de forma simultánea por dos trabajadores, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio, hecho que deberá comunicar por escrito. Es importante que la empresa únicamente puede limitar el derecho, pero nunca anularlo. Cuestión diferente será, sobre cuáles serán estos límites y como los interpretan los tribunales de justicia.

En tercer lugar, es interesante estudiar la situación en la que uno de los progenitores es trabajador por cuenta ajena y el otro lo es por cuenta propia. La doctrina judicial ya superada, en su mayoría entendía que el permiso sólo podía reconocerse al trabajador varón cuando la madre era trabajadora por cuenta ajena⁹⁴⁴. Sin embargo, hubo diferentes pronunciamientos judiciales que hicieron una interpretación más acorde con la conciliación de la vida familiar y laboral. Así, en la

⁹⁴² STSJ de Madrid de 10/10/2008.

⁹⁴³ Art. 4.3 g) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

⁹⁴⁴ Entre otras, STSJ de Galicia de 02/11/1999; STSJ de Andalucía de 29/05/2000; STS de 28/12/2000, que deniega el derecho por ser la madre registradora de la propiedad, y por tanto no estar incluida dentro del ámbito de la LET; STSJ del País Vasco de 24/04/2001; STSJ de Asturias de 05/12/2003, que deniega el permiso de lactancia al padre por ser la madre trabajadora por cuenta propia; STSJ de Navarra de 24/06/2008, que denegó a las empresarias autónomas este permiso, salvo que existiese algún convenio colectivo que regulase la ausencia de norma, señalando que una madre trabajadora por cuenta propia no puede renunciar a un derecho del que no dispone; STSJ de Galicia de 22/09/2010, que establece que no se debe confundir la titularidad del derecho con el disfrute del mismo; STSJ de Galicia de 12/11/2010.

STSJ de Madrid de 10/10/2008 se determinó que la titularidad del derecho correspondía a los dos progenitores, con el único requisito de que fueran trabajadores, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia. El *Fundamento de derecho único* de esta sentencia determina que se deberá hacer una interpretación del art. 37.4 LET dirigida a favorecer la corresponsabilidad familiar y evitar la discriminación, “dando igual tratamiento a las situaciones en las que ambos progenitores trabajen, con independencia de que uno de ellos lo haga como autónomo y del sexo de éste”. Continúa esta sentencia haciendo una interesante reflexión acerca del ejercicio del permiso de lactancia por el padre o el otro progenitor, en el supuesto de que la madre sea trabajadora por cuenta propia, determinando que: “la reducción del tiempo destinado a la actividad autónoma del progenitor, en este caso de la madre, redundaría en una disminución de los ingresos y, por tanto, en perjuicio de la familia, dificultando la conciliación de la vida familiar y laboral, que se persigue por la normativa expuesta y, consecuentemente, es lógico, por ser más acorde al interés de la familia que es el bien jurídico que se pretende proteger con este permiso, que opten porque sea el otro progenitor, en este caso el padre, el que, en su condición de asalariado, disfrute del permiso retribuido al que tiene derecho”.

En la misma línea, la STSJ de las Islas Canarias de 11/12/2009, determinaba que lo que estaba en cuestión era la conciliación de la vida familiar y laboral y que por tanto, el permiso por lactancia “no debe afectar negativamente al empleo de la mujer, favoreciendo no solo la compatibilidad entre trabajo y responsabilidades familiares, sino, también, una mejor distribución de las mismas, facilitando que los padres trabajadores, con independencia de que lo sean por cuenta ajena, por cuenta propia, o titulares de una relación funcional, puedan participar en los cuidados de su hijo desde el momento del nacimiento o de su incorporación a la familia”. Por todo ello, este tribunal entendía que no era admisible la denegación del derecho del padre a disfrutar el permiso por lactancia, por renuncia de la madre a dicho disfrute a favor del padre, “por cuanto que la condición de trabajadora por cuenta propia de aquélla no puede constituir un impedimento a tal disfrute”.

Similares argumentos se plantearon en la relevante STJUE de 30/09/2010, en la que se trataba de un supuesto en el que el padre era trabajador por cuenta ajena y la madre lo era por cuenta propia, determinaba que con la aplicación del permiso por lactancia bajo determinadas condiciones regulado en el art. 37.4 LET, se podría producir una diferencia de trato por razón de sexo, contraviniendo la Directiva 76/207/CEE⁹⁴⁵ en sus artículos 2 y 5. Así, en el caso particular objeto de la sentencia, se determinaba que las madres que tenían la condición de trabajadora por cuenta

⁹⁴⁵ Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Directiva derogada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

ajena siempre podían disfrutar de este permiso, sin embargo, los padres que estuvieran trabajando por cuenta ajena, sólo podían ejercer este derecho cuando la madre fuera igualmente empleada por cuenta ajena. Por tanto, en estas situaciones se produciría una violación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, descartando las excepciones que plantea la Directiva. El Tribunal continuaba afirmando que este permiso se concedía a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño, no para asegurar la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo. Por tanto, los trabajadores, ya fueran hombres o mujeres, podían disfrutar de este permiso con independencia de la situación laboral del otro progenitor⁹⁴⁶. Asimismo, la sentencia determinaba que este permiso, tal y como estaba configurado entonces, no se trataba de una acción positiva, sino todo lo contrario, puesto que podía contribuir a perpetuar “un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental”.

Actualmente, todos estos pronunciamientos judiciales están superados y sin efecto, puesto que la reforma de 2019, ha dejado claro que se trata de un permiso que puede ser ejercido por ambos progenitores de manera individual y simultánea. Por lo que, ante estas situaciones, el progenitor por cuenta ajena podría ejercer su derecho a la reducción de jornada para el cuidado del lactante, con independencia de que el otro progenitor lo fuera por cuenta propia.

B) Sólo trabaja uno de los progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores

Si uno de los progenitores es trabajador por cuenta ajena y el otro está desempleado, es evidente que únicamente tendrá derecho a la reducción de jornada para el cuidado del lactante, el progenitor empleado. Al tratarse de un derecho individual, resultaría indiferente que uno de los dos no trabaje⁹⁴⁷. Sin embargo, entre la doctrina judicial, no hay unanimidad de criterios, puesto que, determinados fallos judiciales estiman que cuando uno de los progenitores está en situación de desempleo, no procede reconocer el permiso al otro, habida cuenta que el cuidado y atención del menor está garantizado, no pudiendo reconocer el permiso cuando la madre se encuentra en situación de desempleo, sin ser discriminatoria la denegación⁹⁴⁸. En sentido contrario, otros fallos judiciales consideran que su titularidad corresponde a

⁹⁴⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as: a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez”, Diario La Ley, núm. 7.536, 2010.

⁹⁴⁷ SJS nº1 de Huelva de 27/10/2014.

⁹⁴⁸ SSTSJ de Andalucía de 11/12/2019, 25/04/2019, 19/01/2017, 01/07/2015, 05/11/2015 y 18/07/2016.

ambos progenitores, por lo que el hecho de la madre no trabaje no impide su reconocimiento^{949 950}.

En este sentido, la STSJ de Madrid de 05/10/2015, refiriéndose a jurisprudencia comunitaria, establecía que la evolución normativa y social ha desvinculado la lactancia natural del hecho biológico, configurándose actualmente como un tiempo de cuidado a favor del hijo que, como tal, ambos progenitores pueden asumir; y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral.

En el mismo contexto de esta situación y con independencia de la forma en la que se prestan los servicios retribuidos, es preciso aclarar que, en cualquier caso, la situación laboral del progenitor “trabajador” debe ser *en activo*, puesto que en el supuesto que se encuentre en situación de suspensión del contrato de trabajo, de acuerdo al art. 45.1 apartados d) y e) LET, quedaría exonerado de la obligación de trabajar. Como consecuencia de ello, no podría solicitarse el ejercicio de este derecho de forma paralela a la situación de suspensión del contrato de trabajo, en tanto, que ningún progenitor trabaja⁹⁵¹. Sin embargo, si uno de los progenitores se encontrara en situación de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, el otro progenitor podrá disfrutar del permiso para el cuidado del lactante⁹⁵².

En cualquier caso, y como comentábamos en el apartado anterior, estos pronunciamientos judiciales están superados y sin efecto, puesto que la reforma de 2019, ha dejado claro que se trata de un permiso que puede ser ejercido por ambos progenitores de manera individual y simultánea. Por lo que, ante estas situaciones, el progenitor empleado podría ejercer su derecho a la reducción de jornada para el cuidado del lactante, con independencia de que el otro progenitor estuviera desempleado.

3.3.1.6. Requisitos formales para su disfrute

El art. 37.7 LET determina cuáles son las reglas formales para el disfrute de la reducción de jornada para el cuidado del lactante y la forma en la que se resolverán las discrepancias entre empresario y trabajador en esta materia.

En este sentido, el legislador concede cierta autonomía y libertad al trabajador, que puede decidir la modalidad de disfrute y el momento de la jornada laboral que hará efectiva su ausencia o reducción, dentro de su jornada ordinaria. La

⁹⁴⁹ STSJ de Madrid de 05/10/2015 y SJS nº 1 de León de 18/05/2016.

⁹⁵⁰ Argumentación defendida y motivada en SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2017”, op. cit., págs. 570-571.

⁹⁵¹ Planteamiento seguido por la STSJ de Castilla La Mancha de 25/03/1999.

⁹⁵² STSJ de la Comunidad Valenciana de 23/05/2006.

jurisprudencia en esta materia es clara, permitiendo como regla general que el trabajador pueda elegir el horario adecuado para el cuidado de su hijo y que es el único capacitado para decidir cuál es el periodo más idóneo para cumplir con sus obligaciones como progenitor⁹⁵³. Sin embargo, es evidente que, por sus características específicas, este derecho ejercido bajo la modalidad de acumulación de jornadas de trabajo, no podrá ser disfrutado libremente por el trabajador, puesto que esta forma de ejercicio implica necesariamente la existencia de convenio colectivo que lo regule expresamente o acuerdo individual con la empresa que así lo determine.

El único requisito formal que la Ley exige al trabajador es el preaviso, salvo fuerza mayor, con quince días de antelación o el tiempo que se determine en la negociación colectiva, en el que se deberá incluir las fechas de comienzo y de fin del disfrute de esta reducción de jornada⁹⁵⁴. Tal y como explícitamente se refiere el art. 37.7 LET, este requisito no podrá exigirse cuando se produzcan situaciones de fuerza mayor, que se definen como “aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”⁹⁵⁵. Por tanto, el trabajador no está obligado a solicitar la reducción de jornada para el cuidado del lactante, es decir, no necesita la autorización de la empresa para el disfrute de este derecho, sino que únicamente deberá informarle que va a disfrutar del mismo, bajo qué modalidad y las fechas de disfrute del mismo. Hay que precisar que cuando excepcionalmente este derecho entre en conflicto con el “derecho de dirección y organización empresarial habrá que acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso, incluida la buena fe⁹⁵⁶”. Por ello, no podemos olvidar que el trabajador está obligado a cumplir los principios de buena fe contractual que adquirió cuando comenzó su relación laboral⁹⁵⁷. Por lo que, no deben admitirse acciones del trabajador que puedan originar situaciones lesivas para el empresario y que afecten a la propia organización del trabajo⁹⁵⁸. Sin embargo, aunque la norma no lo prevea explícitamente, parece razonable que el trabajador informe al empresario de determinadas formalidades que van asociadas al disfrute del permiso: modalidad de disfrute, fechas de comienzo y fin, momentos de la jornada en el que va a ejercerlo, etc., de forma que el empresario pueda organizar su actividad⁹⁵⁹.

⁹⁵³ STS de 16/06/1995. F.D. 2º.

⁹⁵⁴ En este sentido, HERRAIZ MARTÍN, M.S., en “El impacto de las últimas reformas...”, op. cit., pág. 54, afirma que este nuevo requisito supone una rigidez más añadida por la Ley 3/2012. El objetivo es “ofrecer una mayor seguridad al empresario en orden a poder encajar dentro de su organización productiva, tanto la ausencia del trabajador por lactancia como la reducción de jornada por razones de guarda legal.”

⁹⁵⁵ Art. 1105 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

⁹⁵⁶ STS de 16/06/1995. F.D. 2º.

⁹⁵⁷ CABEZA PEREIRO, J., “Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal (art. 37)”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, 2000, pág. 804.

⁹⁵⁸ GARCÍA TESTAL, E., “La protección de la lactancia...”, op. cit., pág. 76.

⁹⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores”, Aranzadi Social, núm. 5, 1999, págs. 291-308.

Un aspecto que no contemplaba específicamente la norma y que anterior a 2019, era importante conocer, es lo referente a las justificaciones documentales de los hechos que probaran el cumplimiento de los requisitos necesarios para el disfrute del permiso por parte del trabajador. Así, nada establecía la Ley sobre la necesidad de demostrar que el otro progenitor no estaba haciendo uso del permiso por lactancia, sin embargo, parecía razonable esta exigencia empresarial⁹⁶⁰. Este hecho carece de importancia a raíz de la reforma de 2019. Sin embargo, entendemos que actualmente, la empresa puede exigir igualmente que el trabajador demuestre documentalmente el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento del menor de nueve meses⁹⁶¹.

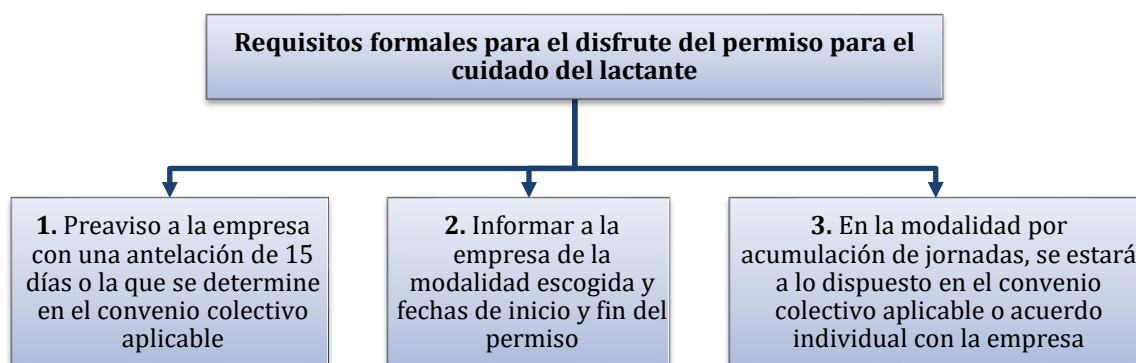


FIGURA 3.2. Esquema general con los requisitos formales para el disfrute del permiso para el cuidado del lactante.

3.3.1.7. Discrepancias trabajador-empresario

El art. 37.7 LET párrafo segundo⁹⁶², determina que las discrepancias que pudieran surgir entre el trabajador y el empresario sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute del permiso para el cuidado del lactante, se resolverán de acuerdo al procedimiento establecido en el art. 139 LRJS⁹⁶³. El origen de

⁹⁶⁰ DILLA CATALÁ, M.J., “El derecho a la licencia retribuida por lactancia”. Actualidad laboral, núm. 1, 1989, pág. 212. Misma opinión que SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Los permisos retribuidos...”, op. cit., pág. 188.

⁹⁶¹ CORTE HEREDERO, N., “El permiso por lactancia...”, op. cit., págs. 847-864.

⁹⁶² Este artículo se introdujo por primera vez por la LCVFL, determinando en su artículo segundo, que la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, correspondería al trabajador dentro de su jornada ordinaria, que debería preavisar al empresario con quince días de antelación, informándole de la fecha de su incorporación a la jornada ordinaria de trabajo. La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, modificó la redacción de este apartado, dejándolo tal y como se encuentra actualmente.

⁹⁶³ La Disposición derogatoria única de esta ley, derogó el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, norma que hasta el momento regulaba las discrepancias entre el trabajador y el empresario en materia de disfrute del permiso por lactancia. Asimismo, la disposición adicional decimoséptima, establece que “las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores 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 artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”.

este procedimiento lo encontramos en la LCVFL, que incluyó una nueva sección a la derogada Ley de Procedimiento Laboral sobre permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares. En su exposición de motivos lo justificaba al objeto de garantizar el ejercicio libre de estos derechos y su resolución en caso de discrepancia mediante procedimiento urgente y de tramitación preferente.

El procedimiento actual no está orientado específicamente a la lactancia y la reducción de jornada, sino que se enmarca en un conjunto de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente. Está exento de fases preprocesales, siendo de carácter urgente y de tramitación preferente, se iniciará por el trabajador, presentando demanda ante el Juzgado de lo Social en el plazo de veinte días desde que el empresario le comunica su negativa o disconformidad con la propuesta realizada por el empleado.

Con relación a los daños y perjuicios que puedan causarse al trabajador por la negativa o la “demora en la efectividad de la medida” por parte de la empresa, se podrán acumular a la demanda, salvo en los casos en los que se “hubiera dado cumplimiento al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador”. Esto último, trata de favorecer la aceptación provisional por la empresa⁹⁶⁴. Tanto el trabajador como el empresario podrán aportar en el acto de conciliación y al juicio, las propuestas y alternativas sobre la concreción horaria del disfrute de la reducción de jornada para el cuidado del lactante. Se podrán complementar con los informes que emitan los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa. La vista se celebrará dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda, dictándose sentencia firme en los tres días siguientes, contra la que no procederá recurso, “salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia”.

Es interesante precisar que el ejercicio de este derecho por el trabajador queda condicionado y limitado, puesto que se le concede al empresario la potestad de mostrar su conformidad o disconformidad⁹⁶⁵. Asimismo, se impide que el ejercicio de este derecho sea consecuencia de una facultad unilateral del trabajador, puesto que si así fuera, sería el empresario al que le correspondería iniciar el procedimiento procesal. Por tanto, la norma actual concede al empresario la posición procesal más cómoda⁹⁶⁶.

⁹⁶⁴ NAVARRO NIETO, F., “Lecciones de Derecho del Trabajo”. Tomo I, Ediciones Don Folio, 2014, pág. 384.

⁹⁶⁵ GARCÍA TESTAL, E., “La protección de la lactancia...”, op. cit., pág. 78.

⁹⁶⁶ CRUZ VILLALÓN, J. “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. Extra 1, 1999, pág. 89.

Hay una opción que no hemos contemplado hasta el momento, *¿qué sucede si la empresa no responde expresamente a la concreción y determinación horaria planteada por el trabajador?* Hay autores que apuestan por una aceptación tácita⁹⁶⁷, hecho apoyado por la jurisprudencia⁹⁶⁸.

3.3.1.8. Particularidades del disfrute del permiso

Para finalizar con el análisis de este permiso, es preciso identificar y examinar diferentes situaciones que pueden producirse en torno al disfrute de este derecho y que nos pueden ayudar a comprenderlo mejor. Así, nos vamos a centrar en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples; la incompatibilidad de la reducción de jornada con la suspensión del contrato por maternidad o paternidad a tiempo parcial; y la compatibilidad del ejercicio de este derecho con la reducción de jornada por guarda legal.

A) Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples

El art. 37.4 LET determina que en los casos en los que se produzca un nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, la duración del permiso se incrementará proporcionalmente⁹⁶⁹. Es decir, la duración del permiso deberá ser mayor cuando haya más de un sujeto causante y lo será de forma proporcional al número de los mismos, multiplicando el derecho por el número de hijos biológicos, adoptados o acogidos.

La doctrina mayoritaria y gran parte de la jurisprudencia están de acuerdo en que cada uno de los hijos nacidos, adoptados o acogidos genera un derecho independiente para atender su cuidado y alimentación, por lo que se multiplicaría la reducción en los supuestos de parto múltiple⁹⁷⁰. Es decir, que habrá tantos derechos a la reducción de jornada para el cuidado del lactante, como menores existan, de tal forma que, si el nacimiento de un hijo da derecho a una hora de pausa o media de

⁹⁶⁷ MARTÍN JIMÉNEZ, R., "Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: disposiciones extravagantes y otras cuestiones reguladas en la Ley 39/1999", Aranzadi Social, núm. 5, 1999.

⁹⁶⁸ STSJ de Madrid de 05/03/2002.

⁹⁶⁹ Esta "mejora" fue incorporada por la LOIMH (Disposición adicional décimo primera).

⁹⁷⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La familia en el ámbito jurídico-laboral: situación y protección", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 95. Esta opinión es compartida por, entre otros AGUILERA IZQUIERDO, R., en "Los derechos de conciliación...", op. cit., pág. 81; SEMPERE NAVARRO, A., "La Ley 3/1989 sobre maternidad e igualdad de trabajo de la mujer trabajadora. Nota crítica", Relaciones Laborales, núm. 13, 1989, pág. 19; DILLA CATALÁ, M.J., "El derecho a la licencia...", op. cit., pág. 213; CORTE HEREDERO, N., "El permiso por lactancia...", op. cit., pág. 853. La STCT de 18/06/1985 estableció que "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", misma teoría es compartida por la STSJ de Canarias de 24/05/1991. Argumento empleado por entre otras la SJS núm. 2 de Navarra de 08/06/1999 y la SJS de Tarragona de 27/10/2003.

reducción, el nacimiento de dos da derecho a dos horas de pausa o una de reducción, el de tres a tres horas de pausa o una y media de reducción y así sucesivamente⁹⁷¹. Este incremento en la duración del permiso resulta un beneficio para el trabajador y por relación directa para el sujeto causante, sin embargo, no podemos olvidar que igualmente se incrementa el coste económico que debe asumir el empresario. En este sentido, un sector de la doctrina considera que es necesario un cambio legislativo, de forma que la Seguridad Social asuma este incremento⁹⁷².

Hasta el momento y como regla general, hemos visto que este incremento proporcional en la duración de esta reducción de jornada, se aplica a las modalidades de disfrute de ausencia o reducción de jornada propiamente dicha, planteándose serias dudas en torno a la aplicación de este incremento en los casos de acumulación en jornadas completas. Si la acumulación del permiso no está prevista en el convenio colectivo que le resulte de aplicación ni en acuerdo individual con la empresa, el trabajador no tendrá derecho a disfrutar este permiso bajo esta modalidad y, por ende, tampoco tendrá derecho al incremento proporcional en caso de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

La controversia surge cuando se pretende aplicar este incremento proporcional en los casos de parto múltiple y el convenio colectivo sí regula esta modalidad de disfrute. Se pueden plantear dos situaciones posibles: 1) que la norma colectiva haga referencia expresa a tal contingencia –el nacimiento múltiple–; y 2) Que no se refiera explícitamente a esta situación. En el primer caso, es evidente que sí debemos entender la aplicación directa del incremento proporcional, puesto que así se regula expresamente, no planteándose dudas al respecto. Sin embargo, la duda surge cuando en el convenio colectivo si se regula la acumulación en jornadas completas, pero que no hace mención expresa a las situaciones de nacimiento, adopción o acogimiento múltiple. Como ya hemos precisado en párrafos anteriores, en su origen, la doctrina judicial mayoritaria entendía que la interpretación del permiso, era susceptible de multiplicar el derecho-deber de ausencia por la pluralidad de hijos habidos en cada ocasión, máxime cuando la norma no pretendía sino proteger el derecho del niño y éste no puede verse perjudicado, en el caso de parto múltiple, por la necesidad de compartirlo con sus hermanos⁹⁷³. Esta teoría se ha mantenido a lo largo del tiempo, incluso tras la reforma operada por la LOIMH, de tal manera que la ampliación de la duración debe producirse en todo caso, incluso cuando el permiso se disfrute en la modalidad de acumulación. Así, “se trata de un mismo permiso, ya se tome acumulado

⁹⁷¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Parto múltiple y acumulación del permiso de lactancia tras la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres.”, *Aranzadi Social*, Vol. 1, núm. 19, 2009, págs. 47-55. Esta misma teoría fue defendida por NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; VELASCO PORTERO, T.; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Igualdad y conciliación...”, op. cit., pág. 140.

⁹⁷² GARCÍA NINET, I., “Notas sobre las ausencias del trabajo...”, op. cit., págs. 39-40. Misma opinión que SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Los permisos retribuidos...”, op. cit., pág. 205.

⁹⁷³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Parto múltiple y acumulación...”, op. cit., págs. 47-55.

o no, y por ende sujeto a idénticas reglas, existiendo simplemente cuatro posibilidades de disfrute: ausencia de una hora ininterrumpida, ausencia de una hora fraccionada en dos medias horas, reducción de jornada en medida hora y, finalmente, acumulación del tiempo de permiso para disfrutarlo en varias jornadas completas. En todas estas fórmulas debe aplicarse idéntica proporcionalidad en caso de parto múltiple”.⁹⁷⁴

Esta teoría se apoyaba fundamentalmente en la SAN de 30/09/2008, que estimaba que, si cada menor originaba un derecho al permiso por lactancia, éste “debe incrementarse proporcionalmente con independencia de la forma de disfrute del mismo”. En este sentido, “si la negociación colectiva posibilita la acumulación del permiso en catorce días naturales, cada hijo incrementa este permiso en catorce días y no es posible de acuerdo con la literalidad del precepto interpretación distinta”. Todo ello, con independencia de que el convenio colectivo no hubiese previsto el nacimiento, adopción o acogimiento múltiple. Continuaba la sentencia afirmando que no era válido el argumento de que la LOIMH solo había reformado el primer párrafo del art. 37.4 LET y no el segundo ni el tercero que continuaban remitiéndose a la negociación colectiva. Quedaba claro que la modificación del párrafo primero implicaba una regulación de derecho necesario que debía ser el punto de partida para la negociación colectiva. Por tanto, en el fallo se declaraba el derecho de los trabajadores al disfrute del permiso por lactancia en proporción al número de hijos habidos en el parto con independencia de que se opte por su disfrute diario o acumulado en catorce días naturales por cada hijo, en caso de parto múltiple, que se añadirán al periodo de suspensión del contrato por maternidad.

Sin embargo, la STS de 11/11/2009 dictada en unificación de doctrina anula el pronunciamiento judicial de la AN, cambiando la interpretación doctrinal mayoritaria, de forma que se impide el disfrute del permiso por lactancia en jornadas completas, si no está previsto en el convenio colectivo que le resulte de aplicación⁹⁷⁵. La sentencia estima que en estos casos se produce un incremento proporcional en el permiso por lactancia, con independencia de que se haya acumulado su disfrute en jornadas completas. La duración del permiso se aumenta de forma directa que, sin embargo, no se aplica a la acumulación, que ni siquiera es necesaria en el esquema legal⁹⁷⁶. De esta forma, si no hay previsión convencional o acuerdo con la empresa, no habrá acumulación y el incremento de su duración en proporción al número de sujetos causantes, no podrá producirse⁹⁷⁷. El TS plantea dos tipos de argumentos para

⁹⁷⁴ ALFONSO MELLADO, C.L., “El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en AA VV (SALA FRANCO, T., et al.) “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 420.

⁹⁷⁵ Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 133/2008.

⁹⁷⁶ Idéntico argumento plantea la STSJ de Cataluña de 01/06/2011 y la STSJ de Galicia de 29/05/2012.

⁹⁷⁷ FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “El permiso de lactancia...”, op. cit., en CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “Conciliación de la vida...”, op. cit., pág. 185.

defender su teoría: 1) de la interpretación literal del art. 37.4 LET se concluye que no está previsto el incremento proporcional en la acumulación del permiso; y 2) esta previsión “podría responder a los intereses de la parte social” que, sin embargo, “la misma podría no ajustarse a las conveniencias de la empresa”.

Ante esta disyuntiva, una interpretación exegética de la norma, permite concluir que solo se permite la acumulación en los casos de partos múltiples, cuando así se prevea expresamente en el convenio colectivo. Sin embargo, en nuestra opinión, debe primar una interpretación extensiva del precepto, al igual que hemos hecho en otros planteamientos anteriores. Así, entendemos que la ampliación de la duración debe producirse en todo caso, con independencia de la modalidad escogida, incluso cuando el permiso se disfrute en la modalidad de acumulación, y ello en base a tres motivos: 1) la modificación del párrafo primero (art. 37.4 LET), sí debe constituir un mínimo de derecho necesario, debiendo ser el punto de partida para la negociación colectiva. Se trata de un párrafo que está diferenciado del resto del artículo y en el que se prevé que “la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples”; 2) el derecho de los niños no puede verse perjudicado, en el caso de parto múltiple, por la necesidad de compartirlo con sus hermanos, máxime cuando la norma pretende proteger el derecho de los menores; y 3) no hacer esta interpretación extensiva iría en contra del espíritu de la norma, que no puede ser otro que facilitar el cuidado del menor por parte de los progenitores. Por ello, no compartimos los argumentos jurídicos del TS, que acude a la literalidad del precepto y emplea argumentos desacertados para justificar que la acumulación puede ser favorable a los intereses de la parte social, pero que, sin embargo, no lo es para la empresa⁹⁷⁸.

B) Incompatibilidad de la reducción de jornada de trabajo para el cuidado del lactante con el permiso por nacimiento a tiempo parcial

El art. 48.4 LET determina que la suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al nacimiento, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente. En el mismo sentido se pronuncia el art. 48.5 LET, cuando hace referencia a los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento. Ante esta opción del trabajador afectado, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, determina que el disfrute de los permisos de maternidad y paternidad a tiempo parcial

⁹⁷⁸ FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “El permiso de lactancia...”, op. cit. en CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “Conciliación de la vida...”, op. cit., págs. 187-188.

son incompatibles con el disfrute simultáneo por los mismos trabajadores de los permisos regulados en el art. 37.4 LET⁹⁷⁹.

El legislador permite la sucesión en el tiempo de ambos derechos y, sin embargo, impide la simultaneidad de los mismos, basándose en que “este disfrute simultáneo vendría impedido por el hecho de que ambos derechos atienden a la misma finalidad”⁹⁸⁰. El problema surge cuando la suspensión del contrato por nacimiento – que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses–, en la modalidad a tiempo parcial, se extiende mucho en el tiempo, los progenitores podrían “perder” parte del derecho a la reducción de jornada para el cuidado del lactante, que alcanzaría únicamente hasta los nueve meses de edad del menor o hasta los doce meses con pérdida proporcional de retribución, en determinados casos.

Aun cuando la norma permite la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento a tiempo parcial, entendemos que una parte importante de los progenitores no se acogerían a esta modalidad, pues podrían “perder” tiempo de disfrute del permiso para el cuidado del lactante. En nuestra opinión, pese a que la finalidad de ambos permisos es la misma, el legislador debería permitir la simultaneidad en el tiempo o bien que se ampliara –en estos casos– el disfrute de la reducción de jornada retribuida más allá de los nueve meses de edad del menor. De lo contrario, entendemos que no habría igualdad de condiciones en el acceso a la reducción de jornada, puesto que los progenitores que lo disfruten tras el permiso por nacimiento a tiempo parcial, pueden ver reducido su derecho en un número importante de días.

C) Compatibilidad con reducción de jornada por razón de guarda legal

El art. 37.6 LET establece el derecho de los trabajadores a una reducción de jornada de trabajo diaria –con reducción proporcional de salario– para el cuidado directo de un menor de doce años, que lo tenga a su cuidado por razones de guarda legal. La cuestión que nos ocupa se centra en la determinación de la compatibilidad entre el ejercicio simultáneo del derecho a la reducción de jornada para el cuidado del lactante y el derecho a la reducción de jornada por guarda legal.

La mayoría de la doctrina científica está a favor del ejercicio compatible, apoyándose en argumentos sólidos y teniendo en cuenta que la norma no establece la incompatibilidad de la simultaneidad⁹⁸¹. Las diferencias entre ambos derechos son sustanciales, sin embargo, los dos pueden tener su origen en el mismo sujeto causante

⁹⁷⁹ Disposición adicional primera apartado 7 del Real Decreto 295/2009.

⁹⁸⁰ VIQUEIRA PÉREZ, C., “Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas aplicativos”, Aranzadi Social, Vol. 3, núm. 10, págs. 11-26. Citado en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., “Jornada de trabajo...”, op. cit., pág. 96.

⁹⁸¹ GARCÍA TESTAL, E., “La protección de la lactancia...”, op. cit., pág. 70.

y compatibilizarse temporalmente durante unos meses, ya sea en el mismo titular, o ya sea solicitando cada progenitor uno de ellos⁹⁸².

En el mismo sentido, los tribunales de justicia en su mayoría, están a favor de esta compatibilidad, puesto que ambas tipologías de reducciones de jornada, son derechos perfectamente diferenciados y por ello compatibles entre sí. El hecho de que el trabajador tenga una reducción de jornada en base al art. 37.6 LET, no implica que deba tener la correspondiente reducción del derecho al permiso para el cuidado del lactante. Estos dos derechos no tienen ni la misma configuración, ni la misma causa, ni los mismos sujetos que puedan ejercitarlo, ni las mismas repercusiones para la empresa y, por tanto, pueden ejercitarse de forma conjunta⁹⁸³.

TABLA 3.1. Evolución normativa del permiso durante la lactancia.

NORMAS QUE HAN REGULADO EL PERMISO DURANTE LA LACTANCIA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS	
Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (LET)	
Supuestos incluidos	Nacimiento de hijo
Titularidad	Las trabajadoras
Edad del menor	Hasta nueve meses de edad
Duración del descanso por lactancia	Una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones
Reconocimiento de opción	La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la “jornada normal” en media hora con la misma finalidad
Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL)	
Supuestos incluidos	Nacimiento de hijo
Titularidad	Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen
Edad del menor	Hasta nueve meses de edad
Duración del descanso por lactancia	Una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones
Reconocimiento de opción	La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de “su jornada” en media hora con la misma finalidad

⁹⁸² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Los permisos retribuidos...”, op. cit., pág. 202.

⁹⁸³ Están a favor de la compatibilidad en el disfrute de los derechos en cuestión, las SSTSJ de Cataluña de 08/03/1999 y 18/03/2003; de la Comunidad Valenciana de 25/04/2002 y de 24/05/2002; y de Canarias de 20/02/2006.

NORMAS QUE HAN REGULADO EL PERMISO DURANTE LA LACTANCIA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS	
Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH)	
Supuestos incluidos	Nacimiento de hijo
Titularidad	Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen
Edad del menor	Hasta nueve meses de edad
Duración del descanso por lactancia	Una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple
Reconocimiento de opción	La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de "su jornada" en media hora con la misma finalidad o acumularlo 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 aquélla
Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral	
Supuestos incluidos	Nacimiento de hijo, adopción o acogimiento
Titularidad	Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen
Edad del menor	Hasta nueve meses de edad
Duración del descanso por lactancia	Una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples.
Reconocimiento de opción	Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de "su jornada" en media hora con la misma finalidad o acumularlo 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 aquélla
Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores	
Supuestos incluidos	Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento
Titularidad	Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen
Edad del menor	Hasta nueve meses de edad

NORMAS QUE HAN REGULADO EL PERMISO DURANTE LA LACTANCIA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS	
Duración del descanso por lactancia	Una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples.
Reconocimiento de opción	Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de “su jornada” en media hora con la misma finalidad o acumularlo 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 aquélla
Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación	
Supuestos incluidos	Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento
Titularidad	La reducción de jornada constituye un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor
Edad del menor	Hasta nueve meses de edad. Se podrá ampliar hasta los doce meses de edad cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses
Duración del descanso por lactancia	Una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción o acogimiento múltiples
Reconocimiento de opción	Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de “su jornada” en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquélla

3.3.2. Permiso por nacimiento prematuro de hijo o hija o que deba permanecer hospitalizado a continuación del parto

El permiso de las personas trabajadoras por el nacimiento de un hijo o hija prematuro o que, por cualquier causa, requieran hospitalización después del parto, se regula en el art. 37.5 LET, apartado que fue añadido por 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 calidad⁹⁸⁴. Con esta modificación se pretendía dar respuesta a

⁹⁸⁴ La Disposición adicional octava de la Ley 12/2001, sobre regulación de permisos de maternidad o paternidad en casos de nacimientos prematuros o que requieran hospitalización a continuación del parto, incluyó este nuevo apartado al art. 37 LET. Este permiso fue largamente demandado por las asociaciones de

un problema creciente en la sociedad española y que afecta cada año a un elevado número de trabajadores en nuestro país⁹⁸⁵ ⁹⁸⁶. Desde entonces, ha quedado con la misma redacción con la que se incluyó como apartado 4. bis por la Ley 12/2001, hasta que la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, lo modificó en cuanto al aspecto más formal, que sin embargo no afectó a la duración del permiso.

El legislador, siguiendo el mismo criterio que empleó para el art. 37.4 LET, sustituyó el término “madre o padre” por “personas trabajadoras” y el término “hijo” por “hijo o hija”. Asimismo, lo novedoso de esta reforma fue que ampliaba la titularidad a ambos progenitores, de forma individual y simultánea, eliminando la opción de que este derecho podía ser ejercicio únicamente por el padre o por la madre, como así se citaba antes de los cambios de 2019.

3.3.2.1. Configuración del permiso

La Ley 12/2001, en su exposición de motivos, destacaba la ampliación de la normativa sobre permisos de maternidad o paternidad, incluyendo el supuesto específico de nacimiento de hijo prematuro o que requiera hospitalización tras el parto, posibilitando la atención materna o paterna al neonato mientras permanezca ingresado, pudiendo ausentarse y/o reducir su jornada de trabajo, permiso que hasta ese momento no estaba contemplado por las normas laborales. Esto se traduce en el permiso regulado en el art. 37.5 LET, que se configura como un doble derecho: 1) derecho a ausentarse del trabajo durante una hora; y 2) derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

El objetivo último es garantizar que los progenitores puedan prestar una atención y cuidados más intensos al hijo prematuro que deba permanecer hospitalizado tras el parto, haciéndolo compatible con el mantenimiento de la relación laboral y evitando que se consuma inútilmente el tiempo de la suspensión del contrato por maternidad y/o paternidad⁹⁸⁷. Con estos cuidados y atenciones, según la experiencia médica, estos niños mejoran más rápidamente cuando son sometidos a un

padres de niños prematuros, dato recogido en DE VICENTE PACHÉS, F. e IBÁÑEZ GOZALBO, M., “El permiso por maternidad en caso de nacimiento de un hijo prematuro. Un supuesto lamentablemente olvidado”, *Tribuna Social*, núm. 123, 2001, págs. 20-25. En este sentido, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., en “Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, págs. 1111-1126, destaca la importante labor realizada por *Aprem* (Asociación de padres de niños prematuros) y *Prematura* (asociación catalana de padres de niños prematuros). La eficaz gestión de estas asociaciones de detalle en CARDENAL CARRO, M., “¿Quién pelea con Héctor? (Actividad parlamentaria en el ámbito social de la VII Legislatura)”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001.

⁹⁸⁵ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La maternidad y su consideración...”, op. cit., pág. 144.

⁹⁸⁶ Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), durante 2019 se produjeron 25.148 nacimientos prematuros, lo equivale al 6,97% del total, porcentaje que era del 4,94% en 1996.

⁹⁸⁷ VIQUEIRA PÉREZ, C., “Derechos de conciliación...”, op. cit., págs. 11-26.

mayor contacto y estimulación por parte de la madre o el padre durante su permanencia en el hospital⁹⁸⁸.

El supuesto de hecho gira en torno a la hospitalización del hijo a continuación del parto, ya sea debido a su prematuridad o por cualquier otra causa que así lo haga necesario⁹⁸⁹. Por tanto, en el caso del nacimiento de hijos prematuros, no basta con que se haya producido una anticipación no prevista en el parto, sino que el neonato debe estar hospitalizado por prescripción médica; la estancia en el centro hospitalario es el desencadenante del permiso. De esta forma, si el recién nacido, a pesar de ser prematuro es dado de alta hospitalaria, los progenitores no podrán disfrutar de este permiso. Conviene aclarar que nada establece la norma sobre las condiciones de esta hospitalización, es decir, no es un requisito esencial que el menor recién nacido deba estar internado por una enfermedad, sino que también puede estarlo por una preparación quirúrgica, en estado de observación o para efectuarle pruebas para un diagnóstico médico⁹⁹⁰.

Es preciso mencionar que, ante esta difícil situación para las familias, la norma no puede ser más que flexible para integrar en su ámbito de aplicación otros supuestos que si bien, no se acogen a la literalidad del precepto, siguen la senda del espíritu de la misma. Así, la doctrina se ha manifestado a favor de incluir en este permiso a determinados supuestos que pueden plantear dudas como: 1) aquellos en las que los neonatos no nacen en un centro hospitalario, pero que deban ser ingresados a continuación, se entiende que a las pocas horas; 2) cuando el parto se produce en un hospital, con alta del neonato, pero que, sin embargo, inmediatamente después deba ser ingresado; y 3) cuando el menor deba estar hospitalizado por enfermedad de la madre⁹⁹¹. En todo caso, el hecho causante es la hospitalización del neonato, en el supuesto que ésta no se produzca, por ejemplo, porque el menor reciba asistencia

⁹⁸⁸ Motivación a la enmienda núm. 231 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales. 27 de abril de 2001. -Serie A. núm. 37- 6).

⁹⁸⁹ La OMS determina que los recién nacidos son prematuros cuando el parto tiene lugar antes de que se hayan completado las 37 semanas de gestación. Normalmente el embarazo dura unas 40 semanas. Los neonatos prematuros nacen antes de que se cumpla el tiempo de embarazo natural, por lo que en muchas ocasiones deben permanecer ingresados en un centro hospitalario, en incubadoras. Por ello, tienen cierta propensión a contraer enfermedades y tienen que estar bajo observación médica al objeto de evitar problemas de salud.

⁹⁹⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "Derechos laborales de los padres...", op. cit., pág. 1116. También LOUSADA AROCHENA, J. F., "Los derechos de los progenitores en caso de parto prematuro u hospitalización del neonato subsiguiente al parto", La Ley, núm. 2, 2002, págs. 1685-1687.

⁹⁹¹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "Derechos laborales de los padres...", op. cit., págs. 1111-1126. Opinión que también se comparte en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., "Jornada de trabajo...", op. cit., pág. 172, referido a SEMPERE NAVARRO, A.V., "Comentario al art. 37 ET", en "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores", Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 261. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La protección jurídico-laboral ...", op. cit., pág. 65.

médica en el hogar familiar o es simplemente trasladado (diariamente o no) al centro hospitalario para recibirla, imposibilita el hecho desencadenante del permiso⁹⁹².

Para entender el alcance de este permiso, es preciso citar el art. 48.4 párrafos 3 y 4 LET, añadidos por la Ley 12/2001 y la LOIMH respetivamente. En primer lugar, se establece que, en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión por maternidad y paternidad, podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica. Es importante este matiz, en el que se permite retrasar el comienzo de la suspensión del contrato, hasta que el menor recibe el alta hospitalaria, de lo contrario este permiso carecería de sentido práctico, puesto que implicaría que el menor estuviese hospitalizado más de las dieciséis semanas previstas para la suspensión, hecho que carecería de lógica.

En segundo lugar, en los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto por un periodo superior a siete días, el tiempo 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. *¿Por qué este plazo máximo?* La respuesta la encontramos en la tramitación parlamentaria del Proyecto de LOIMH, durante el debate de enmiendas del Senado. La enmienda número 115 proponía la ampliación de la prestación por maternidad, con la correspondiente suspensión del contrato de trabajo y análogas garantías, en tantos días como los bebés se encuentren hospitalizados, con un máximo de trece semanas adicionales⁹⁹³. Esta propuesta se fundamentaba en el límite de viabilidad de los bebés prematuros, situado en las 24 semanas de gestación y se consideraba bebé prematuro todo aquel que naciera antes de las 37 semanas de gestación, por lo que podía llegar a existir una diferencia máxima de 13 semanas de potencial prematuridad⁹⁹⁴. Con esta propuesta se pretendía la extensión de la protección que recibían los progenitores y los bebés durante el tiempo que estuvieran hospitalizados, estableciéndose en todo caso, como límite máximo, las 13 semanas.

A nuestro juicio, se trata de un permiso necesario, que permite el cuidado del neonato hospitalizado, sin consumir el tiempo de la suspensión del contrato por nacimiento de menor. En muchas ocasiones, durante la hospitalización del mismo y

⁹⁹² ARGÜELLES BLANCO, A.R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares", CES, Madrid, 2004, pág. 115. Citado en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La protección jurídico-laboral...", op. cit., pág. 66.

⁹⁹³ Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU). Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie II, núm. 84 de 21/02/2007, pág. 90.

⁹⁹⁴ Estudios de la Sociedad Española de Neonatología así lo confirman.

por prescripción médica, únicamente se puede visitar al hijo durante un breve periodo de tiempo diario, por lo que no carecería de sentido que tuviera su contrato en suspensión durante la hospitalización del neonato⁹⁹⁵.

3.3.2.2. Duración y modalidades del disfrute

En cuanto a la duración, la norma no establece duración máxima de disfrute de este permiso, por lo que, en principio, se mantendrá en el tiempo mientras el menor se encuentre hospitalizado. El *dies a quo* lo constituye el día del nacimiento del hijo o bien el día del ingreso hospitalario, si este se ha producido inmediatamente tras el nacimiento y el *dies ad quem* será el día del alta hospitalaria del neonato.

Es preciso mencionar que, hasta la reforma de 2019, tras el parto, el progenitor no hospitalizado podía disfrutar del llamado permiso por nacimiento de hijo, por lo que la ausencia de una hora por hospitalización del neonato, comenzaba a disfrutarse cuando hubiera finalizado este primer permiso, que era de dos días duración o de cuatro, en el supuesto en que sea fuera necesario realizar un desplazamiento desde otra localidad. Este permiso permitía la ausencia del trabajador, con derecho a remuneración, durante dos días, por el nacimiento de hijo. Cuando con tal motivo el trabajador necesitaba hacer un desplazamiento al efecto, el plazo era de cuatro días. Así, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, la redacción actual de este párrafo suprime la referencia a este permiso, puesto que ahora, tal y como contempla el art. 45.1 LET, pasa a ser una causa de suspensión del contrato de trabajo⁹⁹⁶.

Previo a la supresión de este permiso, era habitual que, a través de la negociación colectiva se regularan mejoras en los textos convencionales, ampliándose en algunos días, el periodo de 2 o 4 días que establecía la LET. Llegados a este punto, *¿qué sucede con las cláusulas de los convenios colectivos vigentes que regulan mejoras en este sentido?* Para obtener una respuesta, acudimos a diferentes resoluciones de los tribunales de justicia. En síntesis, se determina que la supresión de este permiso llevada a cabo por el art. 2 del Real Decreto-ley 6/2019, no implica la derogación de los permisos y licencias previstos en los convenios colectivos que mejorasen el desaparecido permiso retribuido por nacimiento⁹⁹⁷. Así, suprimida la regulación del permiso por nacimiento de hijo, el derecho no queda automáticamente eliminado del

⁹⁹⁵ Hay que tener en cuenta que, en estos casos, es muy habitual que el menor se encuentre en una incubadora neonatal (equipo o cámara cuya finalidad es mantener un equilibrio térmico en recién nacidos muy enfermos, de muy bajo peso o muy inmaduros (nacidos antes del término) para evitar la pérdidas insensibles y propiciar un adecuado crecimiento y desarrollo) y que por tanto, se ubicará en una sala especial, o de cuidados intensivos (UCI), que tienen restringidas las visitas de familiares a un breve periodo de tiempo diario.

⁹⁹⁶ Se regulaba en el art. 37.3 b) LET y fue suprimido por el art. 2 Nueve del Real Decreto-ley 6/2019. Era de sentido común que este permiso se suprimiera, puesto que la reforma de 2019, había implantado una progresiva equiparación del permiso de paternidad con respecto al de maternidad y, por tanto, carecía de sentido el mantenimiento de estos dos días de permiso por nacimiento de hijo.

⁹⁹⁷ SSAN de 29/11/2019, 21/02/2020, 05/03/2020 y 30/10/2020.

régimen jurídico aplicable a los trabajadores, en la medida en que continúa previsto en el convenio colectivo, que mantiene su carácter de fuente del derecho reguladora de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral (art. 3.1 b) LET), en tanto la nueva norma legal no genera ningún tipo de contradicción con la regulación convencional. Así pues, respecto de la vigencia del derecho al permiso por nacimiento de hijo, desaparece el respaldo de mínimos de rango legal del permiso, y pasa a regirse exclusivamente y de manera autónoma por lo dispuesto en el convenio colectivo, y en su caso, por las mejoras que puedan pactarse mediante acuerdo con el empresario⁹⁹⁸. Asimismo, esta modificación es compatible con el permiso por nacimiento, al ser derechos de distinta naturaleza, ya que uno es disfrutar de un permiso retribuido a cargo de la empresa y otro, es la suspensión del contrato de trabajo, sin obligación retributiva para el empresario y con cobertura prestacional por el sistema público de seguridad social⁹⁹⁹. Por lo que, se mantiene el derecho al disfrute de este permiso mientras el convenio colectivo se encuentre en vigor. En este debate jurídico, se ha detectado una STSJ del País Vasco que no comparte los criterios de las resoluciones judiciales de la AN. Argumenta que los trabajadores no tienen derecho al disfrute de los días de este permiso regulado en el convenio colectivo puesto que, tras las novedades legislativas y desaparecer el derecho al permiso, ha surgido un nuevo derecho a la suspensión del contrato con derecho a la reserva del puesto, de duración mucho más amplia que el permiso vigente hasta entonces; por lo que no puede aceptarse la vigencia en el convenio de la mejora de un derecho legal que ya no existe^{1000 1001}.

En nuestra opinión, debe prevalecer el criterio de las resoluciones judiciales de la AN, por dos motivos: 1) el texto de los convenios colectivos son fuente de la relación laboral y regulan derechos y obligaciones concernientes a la misma (art. 3.1 b) LET); y 2) la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 6/2019, establece la derogación de normas de igual o inferior rango que se opongan o contradigan lo dispuesto en el mismo, pero no determina expresamente ningún tipo de derogación de las normas convencionales que mejoren o superen la consecución de los derechos tratados.

Con relación a las modalidades de disfrute de este permiso, se plantean dos posibles situaciones que son refrendadas por sendos derechos:

⁹⁹⁸ SAN de 21/02/2020.

⁹⁹⁹ SAN de 29/11/2019. Sobre esta sentencia, véase comentario en DIARIO LA LEY, “El nuevo permiso de paternidad no absorbe la licencia por nacimiento establecida por convenio colectivo”, núm. 9.572, Sección La sentencia del día, 12 de febrero de 2020, Wolters Kluwer.

¹⁰⁰⁰ STSJ del País Vasco de 16/07/2019. Confirmada por la STS de 27/01/2021. Sobre esta última véase, VIQUEIRA PÉREZ, C., “¿Subsisten las mejoras convencionales vinculadas al desaparecido permiso por nacimiento?”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 2, 2021.

¹⁰⁰¹ Véase comentario de INDA ERREA, M., “El permiso por nacimiento de hijo regulado por convenio colectivo no se puede disfrutar”, Aranzadi Doctrinal, núm. 4, 2021.

A) Derecho a ausentarse de su puesto de trabajo durante una hora

Si el trabajador opta por esta modalidad, tendrá derecho a ausentarse de su puesto de trabajo durante una hora, con independencia de la duración de su jornada laboral. En principio, parece evidente que el trabajador debe ejercer este derecho durante el desarrollo de su jornada laboral, ello implica que la misma debe iniciarse previamente, disfrutar del permiso de una hora y regresar al puesto de trabajo antes de que finalice su jornada. Sin embargo, nada impide que se llegue a un acuerdo con la empresa, o bien que por negociación colectiva así se determine, para que el trabajador pueda disfrutar de este derecho al comienzo o a la finalización de su jornada laboral. Aunque el precepto no lo menciona literalmente, entendemos que este permiso, al igual que sucede con la reducción de jornada de trabajo para el cuidado del lactante, es de carácter retribuido. Cuando el deseo del legislador ha sido penalizar retributivamente el disfrute de un determinado permiso, así lo ha mencionado explícitamente, como sucede con la reducción de jornada en dos horas para ejercer este mismo derecho.

Sobre la carga económica de este permiso, en la actualidad recae sobre la empresa, teniendo que asumir los costes laborales de la ausencia del trabajador y los posibles costes al contratar, durante el periodo del disfrute del permiso, a otra persona en sustitución del titular del derecho. Se trata de una buena opción para el trabajador¹⁰⁰², que le facilita su conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin embargo, resulta gravoso para el empresario¹⁰⁰³. En este sentido, cabría plantearse la opción de que el pago del tiempo durante el que no se trabaja por dedicarlo al cuidado del neonato hospitalizado no se imputara al empresario, sino que fuera asumido por la Seguridad Social. Puesto que en principio no se conoce con exactitud el tiempo que la empresa debe soportar esa situación, sería prudente evitar un excesivo gravamen para el mismo¹⁰⁰⁴.

B) Derecho a la reducción de jornada durante dos horas

La segunda modalidad de disfrute de este permiso, se basa en una reducción de jornada hasta un máximo de dos horas, con la consiguiente disminución proporcional del salario. En este caso, la reducción será al comienzo o a la finalización de la jornada laboral diaria. La norma se refiere explícitamente a una reducción de “su jornada de

¹⁰⁰² LÓPEZ TERRADA, E., en “El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 86, afirma que la hora de ausencia es un periodo de tiempo muy breve, durante el que no va a poder prácticamente proporcionar los cuidados necesarios al hijo recién nacido hospitalizado, aunque la distancia entre el centro de trabajo y el hospital sea reducida.

¹⁰⁰³ FERNÁNDEZ COLLADOS M. B., “Negociación sobre la adaptación de la jornada por razones personales o familiares”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 168, 2014, págs. 35-70.

¹⁰⁰⁴ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Ausencias retribuidas y reducciones de jornada...”, op. cit., pág. 198.

trabajo”, por lo que esta reducción será la misma con independencia de la duración total de la jornada del trabajador, ya sea tiempo completo o a tiempo parcial.

Es preciso mencionar que el precepto no aclara como ejercer este derecho en los casos de parto múltiple, con hospitalización simultánea de todos los neonatos. Un sector doctrinal considera que al igual que ocurre con el permiso para el cuidado del lactante, se debe multiplicar el derecho por el número de hijos habidos, aumentándose el tiempo de ausencia del puesto de trabajo en la misma proporción al número de hijos, a razón de una hora por cada menor recién nacido¹⁰⁰⁵. Sin embargo, otros autores estiman que de la redacción literal del precepto parece que se excluye esta opción de incremento del periodo de disfrute, puesto que, en estos casos, puede referirse a todos los hijos que puedan estar hospitalizados, generándose un único derecho común para atender al cuidado de todos ellos¹⁰⁰⁶.

Al igual que sucede con el permiso para el cuidado del lactante, una interpretación exegética de la norma, no permitiría el aumento de la reducción de jornada en casos de partos múltiples. Sin embargo, en nuestra opinión, procede una interpretación flexible y extensiva del art. 37.5 LET, más beneficiosa para los trabajadores, de forma que se genere una multiplicación del derecho por el número de hijos nacidos. Tenemos que pensar en la finalidad del permiso: el cuidado y atención del menor y la conciliación de la vida familiar y laboral. En caso contrario, podrían sucederse situaciones en las que los hijos nacidos en partos múltiples, se verían perjudicados en el tiempo de dedicación y atención dirigido a ellos por parte de los progenitores. Así, por ejemplo, nos referimos a situaciones en las que dos o más hijos prematuros deban permanecer hospitalizados y que la madre deba proporcionar lactancia a los mismos, el tiempo invertido en esta tarea será superior si el número de hijos es mayor. Igualmente, nos referimos al supuesto en el que el padre pueda causar un doble derecho por proceder de hijos de distintos partos.

Con independencia de la modalidad escogida por el trabajador para el disfrute de este permiso, la negociación colectiva puede ampliar la duración del mismo e introducir mejoras en los términos previstos en el precepto en cuestión. Sin embargo, en términos globales, los convenios colectivos no recogen mejoras significativas o las que consideran son de muy bajo calado en sectores profesionales muy concretos¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Derechos laborales de los padres...”, op. cit., págs. 1111-1126.

¹⁰⁰⁶ GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 59. Similar opinión de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La protección jurídico-laboral...”, op. cit., pág. 66.

¹⁰⁰⁷ De acuerdo a los datos que se reproducen en VIQUEIRA PÉREZ, C., “Mejoras convencionales...”, op. cit., las mejoras con relación al permiso por nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado, son muy escasas, destacando en algún sector en concreto. Así, las únicas mejoras que se estiman son: 1) En el Sector de Agricultura y Pesca, el 50% de los convenios colectivos analizados (2 convenios) aumenta en dos horas el tiempo de ausencia del puesto de trabajo; 2) En el Sector de la Administración Pública, el 50% de los convenios colectivos de sector analizados (1 convenio), así como el 10% de los convenios colectivos de empresa analizados (1 convenio), aumentan en dos horas el tiempo de ausencia del puesto de trabajo; 3) En el Sector de

Es importante mencionar que este permiso –configurado como un doble derecho– puede ser ejercido de manera opcional –disfrutando uno de los dos derechos– o bien pueden disfrutarse ambos derechos de forma simultánea por los dos progenitores. A diferencia de lo que sucede en los casos de lactancia, la norma no plantea ambas alternativas como excluyentes, con lo que podría defenderse la posibilidad de un disfrute acumulado de ambas; nada establece la LET que lo impida, por lo que el trabajador podrá ausentarse de su puesto de trabajo hasta tres horas, dos de ellas sin remuneración, de acuerdo al precepto que lo regula. Además, como ya hemos citado, la norma permite que ambas modalidades de este derecho puedan ser ejercitadas por los dos progenitores, acogiéndose cada uno de ellos a una modalidad concreta o a las dos de forma simultánea, pudiendo disfrutar cada uno de ellos los dos derechos que configuran este permiso.

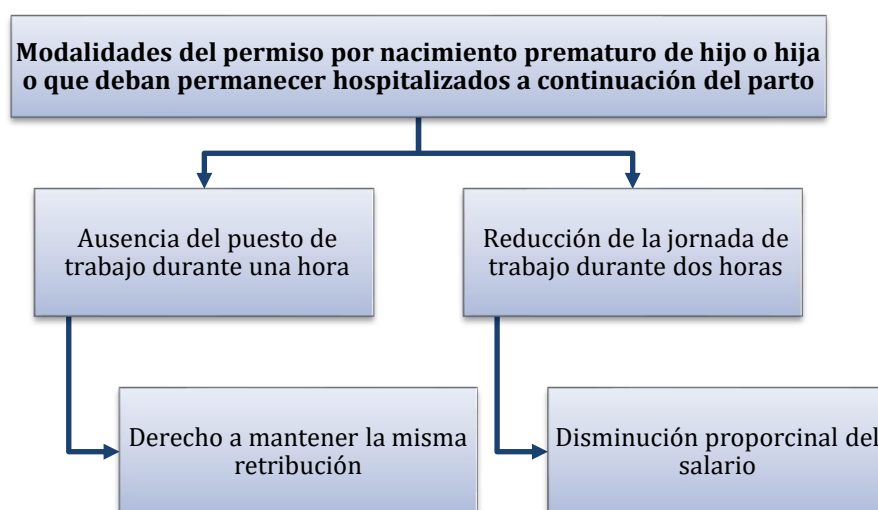


FIGURA 3.3. Esquema general con las modalidades del permiso por nacimiento prematuro de hijo o hija o que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.

3.3.2.3. Titulares del derecho

La literalidad de la LET determina como titulares del derecho a “las personas trabajadoras”, por lo que consideramos que no hay derecho preferente o prioridad en la titularidad de un progenitor sobre otro para disfrutar de este permiso¹⁰⁰⁸. Es preciso

Instituciones Financieras y de Seguro, el 1,63% (1 convenio), aumenta igualmente el tiempo de ausencia del trabajo a dos horas.

Otro estudio similar de TORRES LÓPEZ, J. et al., “La incorporación de medidas de conciliación...”, op. cit., pág. 47, concluye que de los 864 convenios objeto de estudio, el 1,5% de los mismos, es decir, 13 convenios, presentan una mejora en el tiempo de ausencia del puesto de trabajo por hospitalización de neonato; el 0,8% (7 convenios) mejora la reducción de jornada laboral por nacimiento de hijo prematuro.

¹⁰⁰⁸ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Permisos retribuidos por nacimiento de hijo y por lactancia”, Aranzadi Doctrinal, núm. 2, 2011, págs. 67-84.

mencionar que, antes de la reforma de 2019, nada impedía a uno de los progenitores disfrutar de este permiso, con independencia si el otro progenitor era o no trabajador. En la práctica, el permiso estaba pensado y era habitual que se disfrutase por el padre del recién nacido, puesto que la madre ya disfrutaba del periodo de descanso obligatorio de seis semanas a continuación del parto¹⁰⁰⁹.

Con relación a la filiación, es necesario señalar que la norma se refiere a las “personas trabajadoras”, y en ningún caso, al marido, esposa o cónyuge, por lo que, lo único relevante es la maternidad o paternidad biológica, de la misma forma que sucede con el permiso para el cuidado del lactante, en el que es irrelevante la existencia de matrimonio entre los progenitores¹⁰¹⁰. Por ello, no ostenta este derecho el marido de la madre –si no es el padre– ni la esposa del padre –si no es la madre–¹⁰¹¹.

3.3.2.4. Requisitos formales para su disfrute

El art. 37.5 LET establece que “para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 7”, que determina cuáles son las reglas formales para el disfrute del mismo y la forma en la que se resolverán las discrepancias que pudieran surgir entre empresario y trabajador en esta materia. Al igual que para el permiso para el cuidado del lactante, el legislador concede cierta autonomía y libertad al trabajador, que puede decidir libremente la modalidad de disfrute y el momento de la jornada laboral que hará efectiva su ausencia o reducción de la jornada, dentro de su jornada ordinaria, con independencia de la duración de la misma.

Este precepto determina que el trabajador debe preavisar al empresario con un plazo de al menos quince días de antelación o el que se determine convencionalmente, indicando la fecha de comienzo y fin del permiso o de la reducción de jornada. Sin embargo, el mismo precepto exime al trabajador de esta obligación, cuando se den circunstancias de “fuerza mayor”. Entendemos que, dado el carácter sobrevenido de la hospitalización del neonato, que impide que el trabajador conozca previamente que se va a producir esa situación e igualmente no tiene la certeza del momento en el que se producirá el alta hospitalaria, no debe exigirse al trabajador el mencionado preaviso,

¹⁰⁰⁹ ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., “La protección familiar del trabajador”, *Temas Laborales* núm. 72, 2003, pág. 94. Misma teoría compartida por SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Derechos laborales de los padres...”, *op. cit.*, págs. 1111-1126. En este sentido, GOÑI SEIN, J.L., en “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, *Temas Laborales*, núm. 82, 2005, pág. 25, afirma que “el fin de la norma es igualar la responsabilidad parental y revalorizar el papel del padre en su responsabilidad con los hijos, permitiéndole disponer de más tiempo para la dedicación al hijo”.

¹⁰¹⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Derechos laborales de los padres...”, *op. cit.*, págs. 1111-1126. Igualmente, concuerda con el Convenio nº 103 de la OIT y el artículo 108 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

¹⁰¹¹ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., “Jornada de trabajo...”, *op. cit.*, pág. 173.

por presentarse causas de “fuerza mayor”¹⁰¹², siempre que no se transgreda la buena fe contractual y no se presente abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Por último, el art. 37.7 LET párrafo segundo, determina que las discrepancias que pudieran surgir entre el trabajador y el empresario sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute del permiso por nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado, se resolverán de acuerdo a lo establecido en el art. 139 LRJS¹⁰¹³.

3.3.2.5. Particularidades del disfrute del permiso

A) Concurrencia con el permiso para el cuidado del lactante

Si este permiso concurre con el de cuidado del lactante, en principio, nada impediría que se disfrutaran ambos de forma conjunta, puesto que se trata de supuestos diferentes, pudiendo cada progenitor disfrutar de ambos permisos de manera simultánea. De igual forma, ambos permisos pueden ser disfrutados por los dos progenitores, en momentos diferentes de la jornada laboral, puesto que cada ausencia de su puesto de trabajo tiene una finalidad y un supuesto diferente, pudiendo por ejemplo ausentarse del trabajo por la mañana para atender a su hijo en el hospital y reduciendo su jornada por la tarde¹⁰¹⁴.

B) Adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento del recién nacido

A diferencia de lo que sucede con el permiso para el cuidado del lactante, el legislador no detalla explícitamente que se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del permiso por nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado los menores recién nacidos adoptados o acogidos. En principio y siguiendo el tenor literal del art. 37.5, el legislador “parece referirse” a filiación natural, descartando la filiación adoptiva como supuesto al que se podría aplicar este derecho. Sin embargo, en nuestra opinión, la filiación adoptiva o por acogimiento, sí están incluidas en el ámbito de aplicación del precepto, puesto que la norma únicamente se refiere a “hijos”, con independencia que la filiación sea por naturaleza, adopción o acogimiento. Asimismo, en el supuesto que se produjese la hospitalización del neonato adoptado a los pocos días de producirse el alumbramiento, sería razonable su inclusión y permitir el

¹⁰¹² NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., “Jornada de trabajo...”, op. cit., pág. 166.

¹⁰¹³ Sobre los requisitos para el disfrute del permiso por nacimiento de hijo prematuro y de resolución de las discrepancias surgidas entre trabajador y empresario, nos remitimos por analogía al apartado de requisitos formales para el disfrute del permiso por cuidado del lactante de este *Capítulo*.

¹⁰¹⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Derechos laborales de los padres...”, op. cit., págs. 1111-1126. Idéntico argumento emplea NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., en su obra “Jornada de trabajo...”, op. cit., pág. 167.

disfrute de este permiso¹⁰¹⁵. En este sentido, si la adopción se equipara a todos los efectos a la filiación, carecería de sentido negar este derecho a los padres adoptivos, acogedores o guardadores¹⁰¹⁶. Para evitar posibles controversias, sería muy necesario que el legislador contemplara expresamente estas figuras de filiación¹⁰¹⁷.

3.3.3. Vacaciones anuales y protección de la maternidad y la lactancia

Las vacaciones periódicas retribuidas se reconocen en el art. 40.2 CE, como principio rector de la política social y económica garante del descanso necesario de los trabajadores españoles.

En la normativa laboral, el art. 38 LET regula las vacaciones anuales retribuidas a las que tiene derecho el trabajador que se encuentra incluido dentro del ámbito de aplicación de esta norma. Así, se establece que cuando el periodo de vacaciones determinado por la empresa en el calendario establecido a tal efecto, coincida temporalmente con una incapacidad temporal derivada de una situación de embarazo, parto o lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, el trabajador tendrá derecho a disfrutarlas en periodo distinto al de la incapacidad temporal o al de la suspensión en su caso, incluso aunque haya finalizado el año natural al que correspondan las vacaciones.

El origen de esta incorporación a la LET, lo encontramos en la LOIMH, que incluyó este párrafo refiriéndose –entre otras– a las situaciones de maternidad, adopción y acogimiento, quedando fuera del ámbito de aplicación de este párrafo, otras situaciones de suspensión del contrato de trabajo, como la paternidad¹⁰¹⁸ ¹⁰¹⁹. Tuvimos que esperar hasta la Ley 3/2012 para que el legislador incluyera la situación de paternidad, equiparándola, a estos efectos, con la maternidad, corrigiendo, en nuestra opinión, una importante desigualdad¹⁰²⁰ ¹⁰²¹.

¹⁰¹⁵ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., “Jornada de trabajo...”, op. cit., pág. 173.

¹⁰¹⁶ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Ausencias retribuidas y reducciones de jornada...”, op. cit., pág. 200.

¹⁰¹⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Derechos laborales de los padres...”, op. cit., págs. 1111-1126.

¹⁰¹⁸ Añadido por la disposición adicional 11.6 de la LOIMH. En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., pág. 383, determina que esta modificación legislativa representa un importante avance dirigido a la eliminación de la discriminación por embarazo/ maternidad.

¹⁰¹⁹ En opinión de LÓPEZ INSUA, B.M., “Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española”, *Aranzadi Social*, num.10, 2013, págs. 243-263; “Resulta verdaderamente chocante que los tribunales españoles hayan tardado tantos años en reconocer la importancia del derecho a las vacaciones y a la IT. Incluso es harto sorprendente que el mismo ET no haya incorporado el reconocimiento del derecho a las vacaciones cuando coincida con el permiso de maternidad hasta la entrada en vigor de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”.

¹⁰²⁰ Disposición final 1.4 de la Ley 3/2012.

¹⁰²¹ En opinión de TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., “El nuevo derecho a las vacaciones”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2015, pág. 567; “La Ley 3/2012 corrige el olvido que el legislador tuvo con la Ley Orgánica

En la jurisprudencia europea, las vacaciones anuales se definen en la STJUE de 22/05/2014, como “un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104, norma que ha sido derogada por la Directiva 2003/88/CE”, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo¹⁰²².

3.3.3.1. Evolución normativa y la influencia de la jurisprudencia comunitaria en la modificación del art. 38.3 LET¹⁰²³

En el ámbito internacional, las vacaciones anuales retribuidas se regulan en el art. 3 del Convenio núm. 132 de la OIT “Sobre las vacaciones pagadas” (1970), en el que se establece que cualquier trabajador tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas que, en ningún caso, podrán ser inferior a tres semanas laborables por un año de servicios¹⁰²⁴. Asimismo, en el art. 5.4 se precisa que las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad del trabajador, como enfermedades, accidente o maternidad, serán contadas como parte del periodo de servicios. Es decir, las ausencias debidas a la suspensión del contrato por nacimiento, computan a los efectos del devengo de las vacaciones. En clave interna, el art. 38.3 LET no hace mención a esta cuestión, que se entiende resuelta por la norma internacional¹⁰²⁵. Sobre el posible aplazamiento del disfrute de las vacaciones, el art. 9.1 de este convenio, determina que se deberá ejercer este derecho dentro de los dieciocho meses siguientes contados a partir del final del año en el que se haya originado el derecho a esas vacaciones.

A nivel europeo, la Directiva 2003/88/CE, regula en su art. 7 las vacaciones anuales, estableciendo un periodo mínimo de cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, las cuáles no podrán ser sustituidas por ningún tipo de compensación

3/2007 y corrige el trato peyorativo que tuvo con la paternidad, incorporando dentro del art. 38.3 del ET a esta causa de suspensión del contrato entre las que permiten el disfrute de las vacaciones en fecha distinta cuando ambos periodos de superpongan”. Sin embargo, otros autores como LOUSADA AROCHENA, J.F., “La reforma laboral 2010/2012 desde una perspectiva de género”, *Aequalitas*, núm. 32, 2013, pág. 27; afirma que “...no era tan necesario incluir el permiso de paternidad debido a la amplitud de libre elección temporal para su disfrute..., lo que debiera permitir al progenitor evitar cualquier simultaneidad de su disfrute con el periodo vacacional. En todo caso, sea bienvenida su inclusión para evitar problemas aplicativos en casos donde la superposición de las vacaciones con la paternidad, a pesar de todo, se haya producido”.

¹⁰²² Afirmación establecida anteriormente por la STJUE de 26/06/2001, caso BECTU, 173/1999.

¹⁰²³ Sobre los fallos judiciales del TJUE, véase ALZAGA RUIZ, I., “El derecho al disfrute de vacaciones anuales retribuidas a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2014, págs. 1198-1221.

¹⁰²⁴ Ratificado por España el 16/06/1972. Boletín Oficial del Estado de 05/07/1974.

¹⁰²⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La protección jurídico-laboral...”, op. cit., pág. 72.

económica, salvo que finalice la relación laboral¹⁰²⁶. La Directiva 92/85/CEE, establece en su art. 11, una garantía para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o estén en periodo de lactancia, alcanzando al derecho a disfrutar en su integridad, el periodo anual de vacaciones retribuidas de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo.

Entrando en el fondo de la cuestión, es preciso señalar que la posibilidad de posponer el periodo de disfrute de las vacaciones, en caso de coincidencia de las mismas con las situaciones de maternidad, embarazo, parto o lactancia, tiene su origen en la jurisprudencia comunitaria, que es anterior a su inclusión en la normativa laboral. Así, la STJCE de 18/03/2004 *Asunto Merino Gómez, C-342/01*, determina que cualquier trabajadora tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en un periodo diferente que no coincida con su descanso por maternidad, en el caso de que las mismas estén fijadas en el mismo periodo de suspensión del contrato de trabajo. Incluso si se trata de "vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104/CE"¹⁰²⁷. La sentencia precisa que la coincidencia de las vacaciones anuales con una situación de maternidad que tenga como consecuencia la pérdida efectiva del disfrute de vacaciones no sería sino una merma de los derechos laborales de la mujer¹⁰²⁸. El TJCE trata de evitar que un permiso garantizado por el Derecho comunitario (el permiso de maternidad) pueda menoscabar el disfrute de otro derecho garantizado por el Derecho comunitario (el derecho a vacaciones)¹⁰²⁹. Es decir, la finalidad del derecho a disfrutar las vacaciones anuales es diferente al derecho al descanso por suspensión del contrato de trabajo por maternidad, ambos periodos tienen un fundamento y una finalidad totalmente distintos¹⁰³⁰. En caso de coincidencia temporal, uno de los permisos, en este caso las vacaciones, quedaría anulado, por lo que deben fijarse fechas alternativas de disfrute para garantizar el mismo y ello aun cuando, como ocurría en este supuesto, la fijación de las fechas de vacaciones se hubiera realizado por vía colectiva para toda la plantilla de la empresa"¹⁰³¹. El tribunal, entre otros fundamentos de derecho, se basa en el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE.

¹⁰²⁶ DOUE 18/11/2003. Deroga las Directivas 93/104/CE del Consejo y 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹⁰²⁷ Esta sentencia tiene su origen en dos cuestiones prejudiciales instadas por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, ante el supuesto de hecho de una trabajadora que solicitó disfrutar sus vacaciones tras el permiso de maternidad, coincidente con el periodo inicialmente previsto para éstas.

¹⁰²⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J., "El derecho al disfrute efectivo...", op. cit., pág. 25.

¹⁰²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Incapacidad temporal y derecho a vacaciones (I)", *Relaciones Laborales*, núm. 7, 2009, págs. 63-78.

¹⁰³⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La protección jurídico-laboral...", op. cit., pág. 73.

¹⁰³¹ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., "Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017, pág. 186. En comentario sobre MARTÍNEZ MORENO, C., "Soluciones inesperadas en relación con el derecho al disfrute de las

Continúa la sentencia precisando que, con ocasión del embarazo y la maternidad no puede darse lugar a un trato desfavorable en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo; por tanto, una trabajadora podrá disfrutar de sus vacaciones en un período distinto al de su permiso por maternidad. De no ser así, se estaría garantizando una igualdad meramente formal y no real, ya que los trabajadores femeninos tienen más probabilidades que los trabajadores masculinos de encontrarse en tales situaciones¹⁰³². En este sentido, la jurisprudencia del TJCE anterior al caso Merino Gómez, C-342/01, destacaba que “el principio de igualdad de trato y no discriminación de la mujer por razón de su embarazo y/o lactancia implica que una trabajadora debe tener derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto no coincidente con el de su descanso maternal, si las fechas de las vacaciones anuales previamente fijadas por acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores coinciden con la fecha de disfrute del permiso de maternidad de la trabajadora. Admitir el solapamiento de ambos períodos de descanso supondría la anulación de uno de ellos, en este caso, el disfrute de vacaciones anuales”¹⁰³³. Por ello, no cabe sustituir el disfrute de este derecho por una compensación económica, debiendo la trabajadora poder gozar de un periodo vacacional anual de cuatro semanas como mínimo¹⁰³⁴.

Esta jurisprudencia, fue asumida internamente por la jurisprudencia del TC, que en su sentencia núm. 324 de 20/11/2006, siguiendo al respecto la doctrina de la STJUE de 18/03/2004, afirmaba que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de poder reincorporarse a su puesto de trabajo una vez finalizada la suspensión sin que ésta le ocasione perjuicio alguno, siendo así, “incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el goce de las vacaciones”. Esta sentencia determina que las trabajadoras no pueden verse perjudicadas laboralmente a causa de su embarazo y posterior maternidad, distinguiendo las bajas laborales por enfermedad y las causadas por maternidad. Así, califica la maternidad como un “valor constitucional vinculado con la posición social y laboral de un sexo específico, tanto por su valor intrínseco como por las consecuencias que acarrea para la igualdad de oportunidad laborales de la mujer”¹⁰³⁵. Continúa la sentencia afirmando que “la negativa a que la recurrente pudiera disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas,

vacaciones: en particular sobre la coincidencia del mismo con el permiso por maternidad”, Aranzadi Social, núm. 1, 2004, pág. 3015.

¹⁰³² NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad”, *Temas Laborales*, núm. 77, 2004, pág. 313.

¹⁰³³ STJCE de 26/06/2001, STJCE de 27/10/1998 y STJCE de 30/04/1998.

¹⁰³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJUE”, *Relaciones Laborales*, núm. 13-14, 2012, pág. 3. Citado en LÓPEZ INSUA, B.M., “Vacaciones e IT...”, *op. cit.*, págs. 243-263.

¹⁰³⁵ Véase las SSTC 17/2003, de 30 de enero, 184/2006, de 19 de junio, 192/2006, de 19 de junio y 214/2006, de 3 de julio.

en cuanto se fundó en el momento y las circunstancias de su embarazo y posterior maternidad, constituyó un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”¹⁰³⁶.

Es preciso mencionar que, en la misma línea del TC, diversos autores contemplan que el ejercicio de este derecho no puede suponer para la trabajadora, en ningún caso, el menoscabo de otros derechos laborales, entre otros el derecho al disfrute de vacaciones¹⁰³⁷.

La postura del TC se alinea con la mantenida por el TS, al defender una diferencia en el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas según coincida con una suspensión por maternidad o por enfermedad. Así, la STS de 10/11/2005, asumió este criterio, determinando que debe ser diferente el tratamiento que “merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con aquella otra que se produce con anterioridad al periodo vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa”¹⁰³⁸. En este último caso, debe ser compatible el derecho a la baja por incapacidad temporal, sea esta por enfermedad común o por maternidad, con el correspondiente disfrute de la vacación anual¹⁰³⁹. Sin embargo, en el supuesto de una incapacidad temporal, la jurisprudencia del TS ha señalado que la STJCE de 18/03/2004, hace referencia a la “protección del derecho de la mujer al descanso postparto para su rehabilitación física y para el cuidado de la criatura que dio a luz”, no extendiéndose dicha doctrina cuando se produce una situación de incapacidad temporal, que impide su disfrute en el tiempo previamente establecido en la empresa¹⁰⁴⁰.

Es preciso mencionar que, anterior a la STJCE, la jurisprudencia del momento no estaba a favor de esta tesis, sino que, en estos supuestos, la trabajadora no tenía derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en otra fecha diferente del acordado en convenio colectivo, pues primaría el respeto a lo así pactado sobre el derecho individualizado al disfrute por parte de la trabajadora. Esta corriente jurisprudencial

¹⁰³⁶ Fundamento jurídico sexto.

¹⁰³⁷ Véase MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., “Maternidad y Derecho al disfrute de vacaciones anuales: Doctrina Constitucional”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2006, págs. 3239-3245.

¹⁰³⁸ Sobre la STS de 10/11/2005, véase RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Derechos de las trabajadoras-madres y poder empresarial: la coincidencia del periodo de baja maternal y de vacaciones anuales”, *Temas Laborales*, núm. 84, 2006, pág. 167-178.

¹⁰³⁹ Entre otras, la STS de 10/11/2005; STS de 21/03/2006; STS de 24/06/2009; STSJ de Andalucía de 31/01/2008, sobre descanso por maternidad y vacaciones; STSJ de Cantabria de 22/03/2007, sobre la coincidencia de descanso por maternidad y periodo de vacaciones; y STSJ de Cataluña de 11/11/2005, sobre vacaciones coincidentes con descanso maternal.

¹⁰⁴⁰ STS de 11/07/2006. La aplicación analógica de la solución comunitaria al caso Paz Merino (sobre maternidad) es improcedente porque no concurre la identidad sustancial de los bienes jurídicos que tutelan las normas que regulan la suspensión contractual en ambos casos (incapacidad temporal y maternidad). Sobre esta sentencia, véase ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., “Superposición de baja por IT y vacaciones: diferencia con la maternidad”, *Aranzadi Social*, Repertorio de Jurisprudencia núm. 18/2006 parte Comentario, págs. 21191-21201.

sostenía que, si las vacaciones a las que se tenía derecho no se disfrutaban en el año correspondiente, iban caducando de forma irremediable. Es decir, si el trabajador no hacía uso de las vacaciones dentro del año natural, no sólo perdía el derecho a disfrutarla en la anualidad siguiente, sino que tampoco le resultaba posible percibir una remuneración dineraria a cambio de la falta de disfrute¹⁰⁴¹.

3.3.3.2. Supuestos incluidos

De forma explícita, el art. 38.3 LET se refiere a las situaciones de incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o la suspensión del contrato de trabajo previsto en los art. 48.4, 48.5 y 48.7 (éste último estaba referido a la suspensión del contrato por paternidad, que actualmente se regula en el art. 48.4, conjuntamente con la maternidad)¹⁰⁴². El Real Decreto-ley 6/2019 no modificó el art. 38.3 LET, citando los mismos párrafos, con la diferencia que el nuevo párrafo séptimo se refiere a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, supuestos que, en principio, no estaban incluidos en el art. 38.3 LET. Ante esta problemática, se plantea una disyuntiva: 1) el legislador no ha tenido en cuenta este cambio, por lo que probablemente se generarán numerosas controversias en torno a este asunto y serán los tribunales los que deberán resolverlas y ayudarnos a interpretar este precepto; o 2) el legislador no ha modificado expresamente el art. 38.3 LET, para así poder incluir estas contingencias (las reguladas en el art. 26 LPRL), con relación a las vacaciones anuales. En nuestra opinión, es difícil conocer cuál ha sido la intención del legislador, pero entendemos que se debería clarificar e incluir expresamente los supuestos contemplados en el art. 26 LPRL.

En cualquier caso, sobre los supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural –anterior a 2019–, ya se plantearon dudas sobre si los mismos estaban afectados por el art. 38.3 LET o si, por el contrario, eran situaciones ajenas al mismo. En este sentido, el legislador de 2012, no citó expresamente las situaciones contempladas en el actual art. 48.7 LET, sin embargo, encontramos posturas enfrentadas con relación a la extensión de este derecho a estos supuestos. Así, una interpretación extensiva determina que, aunque el precepto no lo mencionara explícitamente, se entendía que cuando se mencionaban las posibles situaciones de incapacidad temporal, las mismas podían derivar de una situación de riesgo durante el

¹⁰⁴¹ Entre otras: STS de 07/12/1988, STS de 30/11/1995, STS de 27/06/1996, STS de 02/02/1998, STS de 25/02/2003, STSJ de Madrid de 13/07/1999, STSJ de Andalucía de 07/12/1999, STSJ de País Vasco de 09/12/1999, STSJ de Navarra de 10/02/2000 y STSJ de Cataluña de 12/09/2003. La STSJ de Aragón de 15/02/2006, sigue el mismo criterio que estas sentencias, no permitiendo el disfrute de las vacaciones en periodo diferente al determinado por la empresa. Sin embargo, según consta en los fundamentos de derecho, “El presente supuesto es distinto del examinado en la citada sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18/03/2004”. Basando su fallo en la STS de 30/11/1995.

¹⁰⁴² Reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2019.

embarazo o riesgo durante la lactancia natural¹⁰⁴³. La interpretación contrapuesta, se centraba en la literalidad del precepto, determinando que, a pesar de que las situaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural eran casos directamente relacionados con la vertiente fisiológica de la maternidad, no les era de aplicación el derecho contemplado en el art. 38.3 LET¹⁰⁴⁴.

Sobre esta cuestión concreta, la STSJ de Cataluña de 02/12/2010, determinaba que a pesar de que el art. 38.3 LET no contemplaba expresamente las situaciones de incapacidad temporal derivadas de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, entendía que estas situaciones se debían considerar como "incapacidad temporal derivada del embarazo", tal y como se transcribe literalmente del precepto¹⁰⁴⁵. Así, entiende el TSJ que "la situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, que tiene la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, es un supuesto específico de incapacidad temporal, como también lo es la maternidad, al estar reguladas ambas en el Capítulo IV, del Título II de la Ley General de la Seguridad Social, bajo el epígrafe de "Incapacidad temporal", siendo difícilmente controvertible que la interpretación correcta del artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores en su último párrafo, redactado conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, cuando establece el derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal y se refiere a una "incapacidad temporal derivada del embarazo", se está refiriendo de modo expreso a la prestación de "riesgo durante el embarazo"¹⁰⁴⁶.

En nuestra opinión, compartimos los argumentos de esta sentencia y de parte de la doctrina científica que realiza una interpretación extensiva del precepto, entendiendo que cuando se mencionan las posibles situaciones de incapacidad temporal, las mismas pueden derivar de una situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. En cualquier caso, al citar expresamente el art. 48.7 LET, no cabría lugar a duda al respecto.

En cuanto a la coincidencia de las fechas del disfrute de las vacaciones anuales con el permiso para el cuidado del lactante, entendemos que, aunque la literalidad del precepto no lo contemple, cuando el trabajador se encuentre disfrutando de este permiso en la modalidad de acumulación del mismo, es igualmente aplicable esta previsión legal. De esta forma, si el comienzo de las vacaciones anuales coincide

¹⁰⁴³ CASTELLANO BURGUILLO, E., "Funciones y alcance de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar", *Temas Laborales*, núm. 91, 2007, pág. 218.

¹⁰⁴⁴ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; VELASCO PORTERO, T.; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "Igualdad y conciliación...", *op. cit.*, pág. 185.

¹⁰⁴⁵ Fallada en recurso de suplicación, interpuesto por una trabajadora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de Barcelona de fecha 03/06/2009.

¹⁰⁴⁶ Fallo judicial comentado en NAVARRO NIETO, F., "La problemática jurídica de la prevención...", *op. cit.*, págs. 62-63.

temporalmente con el periodo de disfrute del permiso para el cuidado del lactante de forma acumulada, se podrá retrasar el comienzo de las vacaciones al momento en el que finalice el ejercicio del derecho al permiso por cuidado del lactante¹⁰⁴⁷.

Como ya citábamos, a efectos de corregir el trato desigual y eliminar el semillero de discriminación que se estaba produciendo entre los trabajadores que disfrutaban del permiso por paternidad y los que lo hacían con el permiso por maternidad, el legislador incorporó al art. 38.3 LET a través de la Ley 3/2012, la situación del trabajador que se encuentra disfrutando del permiso por maternidad, regulado en el art. 48.7 LET. De tal forma, que se tenía igualmente derecho al cambio de las fechas de vacaciones cuando se disfrutaba del entonces llamado permiso por paternidad^{1048 1049}.

Sobre los supuestos de adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción, el art. 38.3 LET, los recoge al citar el apartado 5 del art. 48 LET, por lo que, se encuentran incluidos de forma que se podría producir el cambio de fechas de vacaciones en los casos de adopción y acogimiento, sobre todo teniendo en cuenta que el disfrute de estas suspensiones depende de una resolución judicial o administrativa, sin que pueda conocerse a priori cuándo se dictará¹⁰⁵⁰.

3.3.3.3. Requisitos para el disfrute de las vacaciones en periodo distinto

En cuanto al momento del disfrute de las vacaciones, el precepto establece que serán “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 periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan”, por lo que en principio, debemos entender que este derecho se podrá ejercer a continuación de la finalización de la IT por contingencias derivadas del embarazo, el parto o la lactancia natural o el término de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción¹⁰⁵¹.

La opción del disfrute tras la finalización de la suspensión, se configura de facto como una prolongación del tiempo de descanso para ambos progenitores, que será de carácter retribuido, sin coste económico adicional, quedando ampliado el tiempo en el que ambos conjuntamente están atendiendo al cuidado del menor¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁷ GARCÍA TESTAL, E., “La protección de la lactancia...”, op. cit., pág. 74.

¹⁰⁴⁸ PEDROSA ALQUEZAR, S.I.: “La compatibilidad entre maternidad y vacaciones: el caso Merino Gómez”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 102, 2013, pág. 193.

¹⁰⁴⁹ El art. 59 de la LOIMH, ya regulaba esta opción para los trabajadores del sector público en situación de suspensión del contrato de trabajo por paternidad.

¹⁰⁵⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El derecho al disfrute efectivo...”, op. cit., pág. 27.

¹⁰⁵¹ AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 105.

¹⁰⁵² NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “La compatibilidad de las vacaciones...”, op. cit., pág. 315.

Sin embargo, el trabajador no puede unilateralmente decidir el momento en el que puede disfrutar de sus vacaciones anuales, sino que se deberá acordar entre las partes, teniendo en cuenta lo establecido en el convenio colectivo que le resulte de aplicación. Es necesario alcanzar un adecuado equilibrio entre los intereses de los trabajadores, que presumiblemente optarán por el disfrute de las vacaciones anuales a continuación de la finalización de la suspensión por nacimiento, adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción; y los intereses de la empresa, que velará porque no afecte a sus necesidades de organización y proceso productivo¹⁰⁵³. Durante este tiempo, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas sigue devengándose, sin limitación alguna¹⁰⁵⁴.

En definitiva, el legislador quiere garantizar que el trabajador que se encuentre en algunas de las contingencias citadas goce del derecho de disfrute de vacaciones anuales retribuidas en condiciones de igualdad con relación al resto de trabajadores, es decir, que no se vea menoscabado este derecho por encontrarse en situación de IT – derivada de maternidad, parto o lactancia natural– o en suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo por las situaciones ya mencionadas. La inexistencia de esta garantía, produciría una discriminación directa entre el hombre y la mujer, puesto que ésta última se vería discriminada al ver mermado o suprimido su derecho a la vacación anual a causa de la maternidad, favoreciendo al empresario, que quedaría liberado de tener que pagar salario durante un tiempo en el que, por estar dedicado a las vacaciones, no debía percibir trabajo¹⁰⁵⁵.

Para finalizar, es interesante reflexionar sobre el tiempo en el que la mujer puede estar ausente del mercado de trabajo, que en determinadas circunstancias podrían llegar a ser largos periodos. Así, en el supuesto de riesgo durante el embarazo, la mujer podría suspender su contrato durante los nueve meses que dure su embarazo, hasta el momento del parto. A continuación, disfrutará de las dieciséis semanas de permiso por maternidad, a las que se añadirán los nueve meses en caso de que declarara el riesgo durante la lactancia natural. A todo este tiempo, habrá que añadir el periodo de disfrute de las vacaciones, aunque hubiera transcurrido el año natural, pudiendo alcanzar los dos años fuera del mercado de trabajo¹⁰⁵⁶.

3.4. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NACIMIENTO

La legislación laboral establece garantías adicionales para los casos de mujeres trabajadoras en situación de maternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante

¹⁰⁵³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2014, pág. 28.

¹⁰⁵⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Conciliación de la vida familiar...”, *op. cit.*, págs. 227-234.

¹⁰⁵⁵ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Derechos de las trabajadoras-madres...”, *op. cit.*, pág. 173.

¹⁰⁵⁶ CASTELLANO BURGUILLO, E., “Funciones y alcance...”, *op. cit.*, pág. 218.

la lactancia natural. De forma que, a través de la LET se articulan determinadas medidas de protección de la mujer a los efectos de que su embarazo o lactancia natural no puedan ser motivos para dar por finalizada la relación laboral y lograr la compatibilización de la vida personal, familiar y laboral. La principal herramienta para alcanzar este objetivo es la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto, regulado en los arts. 45 y 48 LET. Los fines que persigue la norma son; 1) atender a la madre durante la delicada situación fisiológica en el embarazo y posterior lactancia natural –en caso de maternidad biológica–; y 2) facilitar la mejor relación de los progenitores con su recién nacido en los momentos iniciales de la vida de éste. Junto a la legislación laboral mencionada, debemos hacer referencia igualmente a la normativa prestacional, principalmente la LGSS y el Real Decreto 295/2009; ambas normas nos ayudan a la interpretación del art. 48 LET y configuran las prestaciones de la Seguridad Social¹⁰⁵⁷.

La suspensión del contrato de trabajo por causas relacionadas con la maternidad o paternidad biológicas o adoptivas, se regula en el art. 45.1 apartados d) y e) LET y art. 48 apartados 4) a 7) y 9) LET, en los que se establecen las causas, efectos, requisitos y características particulares de esta modalidad suspensiva.

El art. 45.1.d) LET determina que el contrato de trabajo podrá suspenderse por las causas de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁷ Sobre el contenido de la prestación por maternidad nos referimos expresamente en el *Capítulo 4* de este estudio.

¹⁰⁵⁸ Las causas de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, no son materia de estudio en este trabajo. Sin embargo, al objeto de que el lector complete el cuadro con todas las causas suspensivas del contrato, relacionadas con la maternidad-paternidad, se incluyen algunas anotaciones.

El legislador, a través de numerosas modificaciones, ha pretendido equiparar el derecho a la suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo por nacimiento, con los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar en sus diferentes modalidades. El Real Decreto-ley 6/2019, supuso el impulso definitivo para alcanzar la paridad con respecto al nacimiento biológico, definiéndolo como un derecho individual de la persona trabajadora, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor. Como novedad, se otorga a ambos progenitores una suspensión que dura dieciséis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor, de las que seis semanas deben disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. La finalidad de las seis semanas obligatorias de descanso para ambos progenitores es lograr la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado y atención del menor.

En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple, las dieciséis semanas de suspensión, se incrementarán en dos adicionales, una para cada uno de los progenitores, por cada hijo o hija distinta del primero. Esta duración igualmente se incrementará en dos semanas cuando el menor presente una discapacidad de al menos un grado igual o superior al 33 por 100, de acuerdo al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (Art. 8.7 Real Decreto 295/2009).

En cuanto a los requisitos personales que debe reunir el menor adoptado, guardado o acogido, el art. 45.1.d) LET precisa que al menos se debe cumplir alguno de los siguientes: a) ser menor de seis años; b) ser menor de edad, pero mayor de seis años y con una discapacidad de al menos un grado igual o superior al 33 por 100; y c) ser menor de edad, pero mayor de seis años y 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.

Tras la reforma de la LET en 2015, el apartado e) del art. 45.1 LET se modificó, incluyendo las causas de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses, como supuestos suspensivos del contrato de trabajo¹⁰⁵⁹. Es interesante poner de manifiesto que el legislador ha permitido que, tras varias modificaciones normativas, el elenco de causas maternas por las que se puede suspender un contrato de trabajo se haya ampliado considerablemente desde su origen, presentando en la actualidad una casuística muy completa y ambiciosa¹⁰⁶⁰. Es preciso mencionar que este precepto equipara en la actualidad los casos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento (biológico) con la adopción, guarda con fines de adopción y el acogimiento, siempre de acuerdo con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen¹⁰⁶¹. En todos los casos relacionados, los progenitores verían suspendida la relación laboral, pero no extinguida, garantizándose su vuelta al trabajo tras finalizar las situaciones que dieron lugar a la suspensión temporal, siempre de acuerdo al art. 48 apartados 4) a 7) y 9) LET.

No conviene olvidar el papel que juega el Sistema de la Seguridad Social en estas suspensiones del contrato de trabajo, puesto que existe una relación directa entre el descanso por nacimiento y la prestación económica que concede la Seguridad Social. En este sentido, la jurisprudencia del TS, determinó que este descanso se basa en una “relación triangular empresario/trabajador/Seguridad Social, que se desenvuelve en dos planos perfectamente diferenciados: el aspecto laboral (relación empresario/trabajadora: derecho al descanso por maternidad) y el aspecto prestacional o de seguridad social (relación Seguridad Social/trabajadora: derecho al subsidio por maternidad)”¹⁰⁶². A pesar de esta relación intrínseca, debido a la importancia y extensión del aspecto prestacional o de Seguridad Social, hemos dedicado un capítulo

Por último, precisar que el art. 48.5 párrafo tercero LET se refiere a la adopción internacional, permitiendo a los progenitores iniciar el periodo de suspensión, hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción, siempre que sea necesario su desplazamiento al país de origen del menor adoptado.

¹⁰⁵⁹ El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses formaba parte del art. 45.1.d LET. Asimismo, en el apartado e) figuraba el cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria como causa de suspensión del contrato de trabajo, supuesto que se eliminó en la reforma de la LET de 2015.

¹⁰⁶⁰ El texto original del art. 45.1 d LET determinaba como causas de suspensión del contrato, la “maternidad de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento de menores de cinco años”. Con la aprobación de la LCVFL, se incluyó la causa de “riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora” y se amplió a seis años la edad de los menores que se adoptaban o acogían, ya fuera preadoptivo o permanente. La LOIMH, a través de su disposición adicional 11.7, amplió las causas a “paternidad” y “riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses”. Asimismo, los requisitos para el acogimiento quedaron más definidos, permitiendo que el menor sea mayor de seis años cuando se trate de 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”. El nuevo texto refundido de la LET de 2015, reordenó las causas suspensivas e hizo una pequeña modificación que afectaba a la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, que analizaremos en su apartado correspondiente. Por último, el Real Decreto-ley 6/2019, sustituyó los términos “maternidad y paternidad” por “nacimiento”.

¹⁰⁶¹ Asunto que abordamos en su apartado correspondiente.

¹⁰⁶² STS de 20/05/2009.

específico de este trabajo a detallar los pormenores de las prestaciones de la Seguridad Social para situaciones relacionadas con el nacimiento. Por ello, en este apartado y los siguientes nos centraremos únicamente en el aspecto laboral del derecho al descanso por nacimiento, con independencia de las referencias que hagamos a la normativa específica desde el punto de vista de la Seguridad Social, pues nos puede ayudar a interpretar y completar la norma laboral¹⁰⁶³.

Por último, como parte de esta introducción a la temática, es interesante destacar los cambios de terminología que ha ido introduciendo el legislador en las últimas reformas. Así, tras la entrada en vigor de la LOIMH, en los casos en los que se modifica la LET, se ha sustituido el término “padre” y “madre” por “progenitor”, salvo en aquellas situaciones en las que el término “madre” deba estar inexorablemente unido al término “neonato” por su condición biológica. Por ello, conviene aclarar que el texto actual de la LET, en lo referente a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad se va a referir en los casos en los que se permita a los “progenitores”, en lugar de mencionar a la “madre” o al “padre” del neonato o menor adoptado o acogido. Asimismo, el Real Decreto-ley 6/2019, sustituyó los términos “maternidad” y “paternidad” por “nacimiento”; “trabajador” por “persona trabajadora”; e “hijo” por “hijo o hija”, dejando la redacción de los preceptos de una forma más genérica e impersonal¹⁰⁶⁴.

Centrándonos en la suspensión del contrato por nacimiento, precisar que el desarrollo del art. 45.1 apartados d) y e) LET, se realiza por el art. 48.4 de la misma norma, que regula la suspensión del contrato por nacimiento, con reserva del puesto de trabajo. Este extenso precepto ha sufrido numerosas modificaciones desde que fue publicado en origen por la LET hasta las últimas modificaciones operadas por la LOIMH, la LET de 2015 y el Real Decreto-ley 6/2019. Veamos pormenorizadamente los detalles de este artículo.

3.4.1. Duración y supuestos protegidos

En cuanto al nacimiento como hecho biológico, el precepto se refiere explícitamente a los casos de nacimiento ordinario y nacimiento múltiple, estableciendo garantías adicionales para las situaciones de nacimiento de hijos prematuros o que requieran hospitalización tras el alumbramiento o bien que el recién nacido presente algún tipo de discapacidad.

¹⁰⁶³ Principalmente: arts. 177 y ss. LGSS y el Real Decreto 295/2009.

¹⁰⁶⁴ La Real Academia Española (RAE), determina que “este tipo de desdoblamientos son artificiosos e innecesarios desde el punto de vista lingüístico”. Asimismo, “la actual tendencia al desdoblamiento indiscriminado del sustantivo en su forma masculina y femenina va contra el principio de economía del lenguaje y se funda en razones extralingüísticas. Por tanto, deben evitarse estas repeticiones, que generan dificultades sintácticas y de concordancia, y complican innecesariamente la redacción y lectura de los textos”.

A) Nacimiento ordinario

Como principal supuesto protegido nos encontramos el nacimiento ordinario que, como regla general, establece una suspensión del contrato –para ambos progenitores– de dieciséis semanas ininterrumpidas, periodo que podrá ampliarse o suspenderse temporalmente cuando se produzcan determinadas circunstancias y se cumplan requisitos específicos, que veremos a continuación¹⁰⁶⁵. De éstas, serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre. Asimismo, el nacimiento suspenderá igualmente el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante dieciséis semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil. Para algunos autores, el establecimiento del carácter obligatorio del disfrute de estas seis semanas para ambos progenitores, constituye una herramienta en la superación de los estereotipos de género asociados al coste a la que la maternidad va ligada como uno de los factores que obstaculizan el desarrollo profesional de las mujeres¹⁰⁶⁶.

La Directiva 92/85/CEE, establece en su art. 8 que la duración debe ser, al menos, de catorce semanas, distribuidas antes y después del parto de acuerdo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. Igualmente, debe incluirse un permiso de maternidad obligatorio de cómo mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. La jurisprudencia europea ha venido considerando este permiso como un derecho especial, que tiene un doble objetivo: 1) proteger la condición biológica de la maternidad durante el embarazo y después del mismo; y 2) proteger las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, de forma que se evite que la acumulación de cargas laborales pueda afectar a estas relaciones¹⁰⁶⁷. En definitiva, tiene la finalidad de “proteger la salud de la madre del niño durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo”¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁵ El ET de 1980 contemplaba catorce semanas ininterrumpidas.

¹⁰⁶⁶ BENITO BENÍTEZ, M.A., “La protección de la maternidad y de la corresponsabilidad”, Trabajo y Derecho, núm. 74, 2021.

¹⁰⁶⁷ Entre otras, STJCE de 20/09/2007 *Asunto Sari Kiiski C-116/06*.

¹⁰⁶⁸ STJUE de 18/03/2014 *Asunto C.D. C-167/12*. Sobre esta sentencia, véase comentario en JACQMAIN, J., “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2013 a 31/8/2014)”, *Aequalitas*, núm. 35, 2014, pág. 20.

B) Nacimiento múltiple

En el supuesto de nacimiento múltiple, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los progenitores, por cada hijo o hija distinta del primero.

Es importante conocer los antecedentes de esta ampliación de la suspensión, para que el lector pueda conocer cuál ha sido la motivación del legislador tras las últimas reformas. Así, la LET de 1995, preveía que el descanso por maternidad, en caso de parto múltiple tuviera una duración máxima de dieciocho semanas, con independencia del número de hijos alumbrados en un mismo parto. Por su parte, la LCVFL, a través de su artículo quinto, realizó una mejora sustancial –que la destacó como importante novedad en su exposición de motivos–, que se traducía en un incremento del descanso por maternidad en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, incrementándose proporcionalmente a razón de dos semanas adicionales de descanso por cada hijo alumbrado dentro del mismo parto. El texto vigente –resultado del Real Decreto-ley 6/2019– mantuvo esta mejora de la LCVFL; sin embargo, “repartió” las dos semanas adicionales, a razón de una por cada progenitor lo que, en nuestra opinión, se traduce en una desventaja o retroceso, con respecto al texto anterior. Planteemos situaciones concretas que pueden producirse con relativa facilidad: 1) el supuesto de una mujer que decide voluntariamente ser madre (sin el otro progenitor reconocido) y alumbra a dos hijos en el mismo parto. Como norma general, tendría diecisiete semanas de descanso, en lugar de las dieciocho que hubiera tenido con la anterior redacción del precepto; o 2) el supuesto de una mujer que alumbra a dos hijos en el mismo parto y el otro progenitor no está desarrollando una actividad remunerada por cuenta ajena, en cuyo caso la madre igualmente disfrutaría de una semana adicional de descanso.

En nuestra opinión, con esta última reforma, el legislador ha pretendido únicamente el fomento de la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado de los neonatos, en casos de nacimientos múltiples, olvidándose del objeto central de esta suspensión. Desde el punto de vista de los recién nacidos, el dato objetivo, es que actualmente disfrutan de una semana de los cuidados directos de ambos progenitores, cuando antes de la última reforma, disfrutaban de dos semanas, pero con un único progenitor. Una vez más, el legislador no ha tenido en cuenta las situaciones relacionadas con los supuestos de familias monoparentales.

C) Neonatos prematuros u hospitalizados tras el parto

Ya hemos abordado en el epígrafe 3.3.2 de este *Capítulo*, el estudio del art. 48.4 LET, párrafos tercero y cuarto, donde se regula el permiso por nacimiento prematuro de hijo o hija o que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, por lo que en este apartado únicamente nos vamos a referir al desarrollo reglamentario que

el propio párrafo cuarto in fine así establecía. Así, este desarrollo reglamentario se efectúa a través del Real Decreto 295/2009, en el que se describen las particularidades de este permiso (concretamente en el art. 8, apartados 9 y 11) que, sin embargo, presenta un texto muy similar –casi idéntico en alguna de sus frases– al propio texto de la LET. Veamos cómo se configura este derecho, centrándonos en las novedades que incorporó el desarrollo reglamentario.

En primer lugar, es preciso recordar que se trata de una facultad que la norma otorga a la madre biológica o al otro progenitor, respetando siempre las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato¹⁰⁶⁹. No es de obligado cumplimiento que la interrupción comience inmediatamente tras la finalización de las seis semanas de descanso obligatorio, pudiendo hacerse con posterioridad y siempre que le reste algún periodo por disfrutar del permiso por nacimiento¹⁰⁷⁰. La interrupción finalizará el día del alta hospitalaria del menor, fecha en la que se reanuda el permiso por nacimiento. El objetivo que se persigue con esta interrupción es evitar que se consuma inútilmente el periodo de suspensión por nacimiento, puesto que cuando el recién nacido se encuentre hospitalizado, sus necesidades de atención no recaerán sobre sus progenitores, como si ocurrirá en cambio cuando se produzca el alta hospitalaria¹⁰⁷¹. Además, el legislador a través de la Ley 12/2001 “consideró esta forma como la más adecuada de permitir el cuidado y atención del neonato que requiere hospitalización”¹⁰⁷².

En segundo lugar, sobre las modalidades y las condiciones, precisar que el legislador estableció tres requisitos: 1) que la hospitalización sea durante un tiempo superior a siete días; 2) con el límite de trece semanas adicionales (computados desde el inicio de la hospitalización y no desde el transcurso de los siete días exigidos); y 3) serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto. En cuanto a los supuestos, los tribunales han venido a aclarar que el art. 48.4 párrafos tercero y cuarto y “no contempla una opción entre dos supuestos, sino dos supuestos distintos y compatibles entre sí, cuando el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto: el primero se refiere a la posibilidad de realizar el cómputo del periodo de suspensión de una determinada forma a instancia de los interesados, mientras que el segundo es imperativo: el periodo de suspensión “se ampliará” en tantos días como el nacido se encuentre

¹⁰⁶⁹ Párrafos añadidos por la disposición adicional 8.1 b) 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. Asimismo, en la exposición de motivos, se destacó como aspecto novedoso, “la ampliación de la normativa sobre permisos de maternidad o paternidad en atención al supuesto específico de nacimiento de hijos prematuros o que requieran hospitalización tras el parto, posibilitando la atención materna o paterna al neonato mientras permanezca ingresado”.

¹⁰⁷⁰ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., “Jornada de trabajo...”, op. cit., pág. 169.

¹⁰⁷¹ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., “Jornada de trabajo...”, op. cit., pág. 167.

¹⁰⁷² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Derechos laborales de los padres...”, op. cit., pág. 1123.

hospitalizado...; ampliación que deberá aplicarse en todo caso, se haya utilizado o no la forma de cómputo permitida en el apartado anterior”¹⁰⁷³.

En tercer lugar, con relación al aspecto prestacional, cuando se produzca la interrupción del periodo de descanso, se producirá igualmente la interrupción del percibo del correspondiente subsidio, salvo que se produzca la extinción del contrato de trabajo o el cese de la actividad durante la percepción del mismo. En este sentido, la norma establece que deberá realizar la petición cada beneficiario de la prestación, debiendo acreditar fehacientemente la interrupción de la suspensión del contrato y la hospitalización del menor mediante documento correspondiente del centro hospitalario, en el que consten las circunstancias que afectan al recién nacido y que determinan su internamiento, así como las fechas de inicio y finalización¹⁰⁷⁴.

En cuarto lugar, nos referimos al carácter ininterrumpido de la suspensión del contrato por nacimiento. Así, se trata de aclarar si esta opción de interrupción pudiera entrar en contradicción con la norma, es decir, si va en contra del carácter ininterrumpido que se establece en el art. 8.3 del Real Decreto 295/2009: “el subsidio por maternidad tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas”; y en el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE: “...un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas...”. En tal sentido, el legislador de 2019 suprimió la ininterrupción de las dieciséis semanas, dejándola únicamente para las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, de descanso obligatorio, que habrán de disfrutarse a jornada completa. En cualquier caso, esta particularidad ya se puso de manifiesto en la exposición de motivos de la Ley 12/2001 en la que aclaraba que “tal excepción al disfrute ininterrumpido del permiso o la suspensión no quiebra el principio general de tracto continuado de la Directiva 92/85/CEE, sino que supone una garantía de apoyo a la atención y cuidado del niño no contemplada expresamente en la misma pero sí concorde con su espíritu del mejor bienestar del mismo”.

Y, en quinto lugar, mencionamos aquellos aspectos que se regulan en el Real Decreto 295/2009 y que en la actualidad no son de aplicación, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019. Así, nos referimos a: 1) en caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podía interrumpir el disfrute del permiso incluso durante las seis semanas siguientes al parto. La LET indica que se trata de un derecho individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, puesto que la norma establece el mismo periodo de suspensión para ambos progenitores. Por ello, carece de sentido práctico esa afirmación por parte del RD; 2) en el supuesto de ampliación del permiso por maternidad, la norma reglamentaria establece que el disfrute del periodo adicional del subsidio corresponderá a la madre o, a opción de la misma, al otro progenitor, si reúne los requisitos necesarios y disfruta

¹⁰⁷³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 03/05/2011.

¹⁰⁷⁴ Arts. 14.4 y 14.2.7^o del Real Decreto 295/2009.

del descanso. Hecho que no se puede producir, puesto que se trata de un derecho individual no transferible al otro progenitor.

A modo de cierre de este bloque, como ya comentamos en el apartado dedicado al permiso por nacimiento de hijo prematuro o que deba estar hospitalizado a continuación del parto regulado en el art. 37.5 LET, entendemos que la norma debe ser más flexible para integrar en su ámbito de aplicación otros supuestos que si bien, no se acogen a la literalidad del precepto, siguen la senda del espíritu de la misma. Así, para las situaciones de interrupción del permiso por nacimiento o prolongación del mismo por los motivos anteriormente mencionados, la doctrina se ha manifestado a favor de incluir supuestos que pueden plantear dudas como: 1) aquellos en las que los neonatos no nacen en un centro hospitalario, pero que deban ser ingresados a continuación, se entiende que a las pocas horas; 2) cuando el parto se produce en un hospital, con alta del neonato, pero que sin embargo, inmediatamente después deba ser ingresado en un lapso de tiempo irrelevante; 3) cuando el menor deba estar hospitalizado por enfermedad de la madre; o 4) cuando el menor deba estar hospitalizado para una preparación quirúrgica, en estado de observación o para efectuarle pruebas médicas para un diagnóstico médico, no siendo necesaria la enfermedad.¹⁰⁷⁵

D) Discapacidad del neonato

En el caso de que el recién nacido presente una discapacidad, la duración del permiso por nacimiento se incrementará en dos semanas, una para cada uno de los progenitores. A tenor de lo dispuesto en el art. 8.7 Real Decreto 295/2009, esta discapacidad deberá ser al menos en un grado igual o superior al 33 por 100, de acuerdo al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Asimismo, quedará igualmente acreditada dicha discapacidad cuando al neonato se le reconozca al menos un grado 1, de dependencia moderada, de acuerdo al Baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia y escala de valoración específica para los menores de tres años, aprobado por Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, 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 dependencia¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁵ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., "Jornada de trabajo...", op. cit., pág. 172. Misma opinión que SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "Derechos laborales de los padres...", op. cit., págs. 1111-1126. Opinión que también se comparte en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., "Jornada de trabajo...", op. cit., pág. 172, referido a SEMPERE NAVARRO, A.V., "Comentario al art. 37...", op. cit., pág. 261. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La protección jurídico-laboral...", op. cit., pág. 65.

¹⁰⁷⁶ El art. 8.7 Real Decreto 295/2009, hace referencia al "Real Decreto 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", disposición derogada por el Real Decreto 174/2011.

En el supuesto que el grado de discapacidad no haya sido reconocido, será suficiente un “informe del Servicio Público de Salud o un informe médico de un hospital público o privado, en este último caso avalado por el Servicio Público de Salud, en el que se haga constar la discapacidad o su posible existencia”¹⁰⁷⁷.

E) Acumulación de periodos de suspensión de distintos supuestos

En casos muy particulares y bajo determinadas circunstancias específicas, puede darse la situación de que la duración –en cómputo global– de la suspensión del contrato por nacimiento supere ampliamente las dieciséis semanas que, con carácter general debe durar como máximo este descanso. La norma permite acumular los periodos de suspensión en los supuestos de nacimiento múltiple, discapacidad de los neonatos y hospitalización de los mismos tras el parto. Como excepción, en los supuestos de nacimiento múltiple, “no procederá acumular los periodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos periodos hubieran sido simultáneos”¹⁰⁷⁸.

En el supuesto particular del fallecimiento del neonato, en principio, el periodo de suspensión del contrato no se vería reducido, salvo que se opte voluntariamente por reincorporarse a su puesto de trabajo tras la finalización de las seis semanas posteriores al parto, de descanso obligatorio. Por tanto, la suspensión podrá ejercerse con independencia del fallecimiento del hijo por el otro progenitor y por la propia madre.

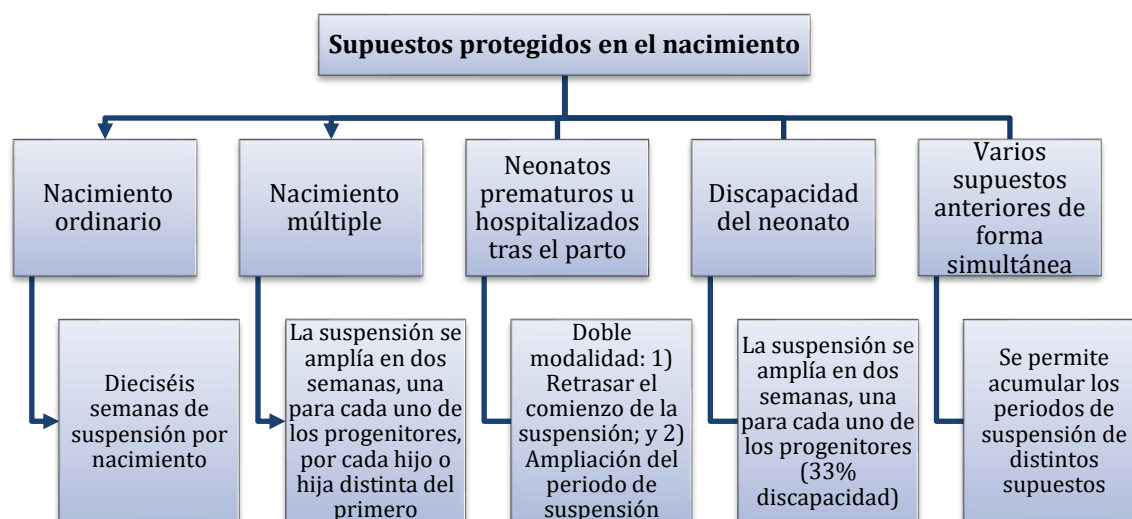


FIGURA 3.4. Esquema general con los supuestos protegidos en el nacimiento.

¹⁰⁷⁷ Art. 8.7 Real Decreto 295/2009.

¹⁰⁷⁸ Art. 8.3 Real Decreto 295/2009.

3.4.2. Titulares del derecho

Ambos progenitores son titulares de este derecho que, tratándose de derechos individuales de las personas trabajadoras, en ningún caso puede transferirse su ejercicio al otro progenitor. Tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, se resolvieron de un modo definitivo las numerosas controversias que giraban en torno a la titularidad de este derecho y a la posibilidad de cesión de la madre hacia el otro progenitor. Se trató de una reforma reclamada ampliamente por ciertos movimientos sociales, entre los que debe destacarse la contribución de la “Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción” (PPiiNA), y por una extensísima literatura jurídico-laboral¹⁰⁷⁹. Así, por su importancia sobre el tema y al objeto de conocer la evolución normativa de este precepto, nos vamos a remontar al estado anterior de la reforma de 2019.

Inicialmente, este derecho era en origen de titularidad de la mujer trabajadora que, de acuerdo a determinados requisitos, podía ceder parcialmente al otro progenitor. La norma determinaba que el periodo de suspensión por maternidad lo distribuía la madre, siempre que las seis semanas posteriores al parto se suspendiera obligatoriamente su contrato de trabajo. Es decir, ese periodo no podía cederlo, bajo ningún supuesto al otro progenitor. En cualquier caso, sí había dos situaciones en que la titularidad no era originaria de la madre, sino que el otro progenitor podía ostentarla.

La primera situación, en el supuesto del fallecimiento de la madre, la titularidad pasaba a ostentarla el otro progenitor, por evidente imposibilidad material de la trabajadora. Por ello, en estas situaciones la ley permitía que el otro progenitor fuera el que disfrutase de la suspensión del contrato de trabajo, pudiendo hacer uso de la totalidad de este descanso o bien de la parte que le restara del periodo de suspensión¹⁰⁸⁰. El cómputo de este periodo comenzaría desde la fecha del parto, sin que se descontara del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. Asimismo, es importante mencionar que no era necesario cumplir el requisito de empleabilidad de la madre, puesto que, con independencia de que estuviera trabajando o no, el otro progenitor podía hacer uso de este derecho libremente. Es evidente que el fin último de esta medida era el cuidado y protección del neonato, que con tan poca edad no contaría con la madre y necesitaba la figura del otro progenitor.

La segunda situación ocurre en el caso de que la madre no reuniera los requisitos necesarios para suspender su contrato, con derecho a las prestaciones que le pudieran corresponder de acuerdo a la normativa en materia de prestaciones de la

¹⁰⁷⁹ GARCÍA CAMPÁ, S., “Criar sin parir...”, op. cit., pág. 169.

¹⁰⁸⁰ Esta opción del derecho al disfrute por el padre fue introducida por la LCVFL. Asimismo, la LOIMH, sustituyó el término “padre”, por “el otro progenitor”.

Seguridad Social, la misma podía ceder la titularidad de este derecho y, por tanto, traspasar el descanso al otro progenitor, por el mismo periodo que le hubiera correspondido a la madre. En el supuesto que el otro progenitor fuera el padre, este derecho era compatible con el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por paternidad¹⁰⁸¹. Asimismo, se podía plantear la situación en la que la madre aun no reuniendo los requisitos para el percibo de la prestación correspondiente de la Seguridad Social, por no cumplir el periodo mínimo de cotización que se exige legalmente¹⁰⁸², accediera voluntariamente a suspender su contrato de trabajo, sin el percibo de retribución de ningún tipo, salvo la que le pudiera corresponder por el subsidio por maternidad¹⁰⁸³. En caso contrario, si optara por continuar trabajando después de la fecha del parto, la trabajadora no vería reducidas sus retribuciones, salvo las correspondientes a las seis semanas posteriores al parto, de obligado descanso. Se trataba de una situación poco razonable e injusta, puesto que el descanso obligatorio se configuraba como una medida de salud laboral de insoslayable cumplimiento, por lo que no debía exigirse el periodo mínimo de cotización durante las seis semanas posteriores al parto^{1084 1085}.

Volviendo al supuesto de cesión de la titularidad, el precepto permitía a la madre ceder voluntariamente este derecho, respetando obviamente el descanso obligatorio de seis semanas posteriores al parto. Esta situación se producía cuando ambos progenitores trabajaban y la madre optaba por ceder una parte determinada e ininterrumpida del descanso al otro progenitor, que podía ejercer este derecho de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podía seguir disfrutando del descanso por maternidad cedido por la madre con independencia de que la misma se encontrara en situación de IT en el momento de su reincorporación a su puesto de trabajo¹⁰⁸⁶. Es importante señalar que si ambos progenitores trabajaban y se optaba por el disfrute conjunto ya fuera de forma simultánea o sucesiva, siempre se haría en periodos ininterrumpidos y cumpliendo los límites que marcaba el propio precepto, entre otros no superar las dieciséis semanas de descanso en cómputo global

¹⁰⁸¹ Este segundo caso, fue introducido por la disposición adicional 11.10 de la LOIMH, que en origen se encontraba en el art. 48. bis LET.

¹⁰⁸² Art. 178 LGSS.

¹⁰⁸³ Art. 181 y ss. LGSS.

¹⁰⁸⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La protección jurídico-laboral...", op. cit., pág. 58.

¹⁰⁸⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F., "Legislación laboral y responsabilidades familiares (II): algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *Aranzadi Social*, núm.5, 1999, pág. 108.

¹⁰⁸⁶ Originalmente, este párrafo permitía únicamente al padre el "disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado periodo, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud". Las sucesivas reformas que originaron la LCVFL y la LOIMH, permitieron ampliar el periodo por el cual, el otro progenitor podía disfrutar de este descanso, si previamente se lo había cedido la madre, con independencia de que la misma se encontrara en situación de IT en el momento de reincorporarse a su puesto de trabajo.

–o de las que correspondieran en caso de parto múltiple– y que las seis semanas posteriores al parto eran de descanso obligado para la madre¹⁰⁸⁷.

En nuestra opinión, con la reforma de 2019, se ha conseguido suprimir una situación de “discriminación sexista directa contraria al art. 14 CE, que ha sido introducida a través de una norma meramente reglamentaria”, por lo que los tribunales ordinarios podían corregirlo otorgando al otro progenitor el derecho en determinados supuestos¹⁰⁸⁸. Esta titularidad, de carácter individual e intransferible al otro progenitor, ha permitido reforzar un auténtico derecho de conciliación y un deber de corresponsabilidad en el cuidado del neonato, no sólo como derecho de prolongación del nacimiento, por lo que entendemos no debería tener un único titular originario¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁷ La Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la 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, estableció por primera vez la posibilidad de disfrute paterno de licencia de maternidad y permiso de lactancia.

¹⁰⁸⁸ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., “Jornada de trabajo...”, op. cit., págs. 171-172.

¹⁰⁸⁹ Sobre la suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica, es interesante hacer referencia somera a esta figura por su relación intrínseca con la maternidad biológica (véase MORENO GENÉ, J., “De la suspensión del contrato...”, op. cit., págs. 23-75). Así, el art. 48.4 LET párrafo segundo, regula la suspensión del contrato de trabajo durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil.

Con relación a la duración de este permiso, inicialmente el trabajador tenía derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Era lo que se empezó a denominar inicialmente “permiso por paternidad”. Esta suspensión era independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad (LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., págs. 406-407, determinaba que para la plena efectividad de la finalidad corresponsabilizadora del permiso de paternidad, era una necesaria una duración razonable, de al menos un mes, tiempo que consideraba necesario para la creación de lazos afectivos con el neonato). En este sentido, la disposición transitoria novena de la LOIMH preveía que el gobierno incrementaría de forma progresiva y gradual el permiso por paternidad, hasta alcanzar un mes de duración total, hecho que debía ocurrir a los seis años desde la entrada en vigor de la LOIMH. La Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, estableció esa ampliación, retrasando su entrada en vigor hasta el 01/01/2011 (Sin embargo, su entrada en vigor ha sido aplazada reiteradamente, por: 1) Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, aplazamiento hasta el 01/01/2012; 2) Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, aplazamiento hasta el 01/01/2013; 3) Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, aplazamiento hasta el 01/01/2013; 4) Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, aplazamiento hasta el 01/01/2014; 5) Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, aplazamiento hasta el 01/01/2015; 6) Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, aplazamiento hasta el 01.01.2016; y 7) Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, aplazamiento hasta el 01/01/2017, fecha en la que finalmente se materializó esta ampliación). Sin embargo, el legislador optó por aprobar sucesivas prórrogas, retrasando la entrada en vigor de la ampliación del permiso por paternidad, en todas las leyes de presupuestos generales del Estado hasta 2016. Finalmente, a partir del día 01/01/2017, se materializó la ampliación a cuatro semanas, tal y como tenía previsto la Ley 9/2009. El retraso de la entrada en vigor y el amplio historial de aplazamientos, ponía de manifiesto que el legislador no mostraba excesivo interés por el fomento de la paternidad (o suspensión del contrato del otro progenitor) y retrasaba por sistema la puesta en marcha de una medida que sin duda ayudaría a mejorar la corresponsabilidad familiar y a la reducción de la discriminación entre sexos en el cuidado de los hijos. Sin embargo, tampoco podemos olvidar que en 2011 –fecha que en origen estaba prevista la entrada en vigor de la mejora del permiso por paternidad– y los años sucesivos fueron periodos en los que estaba muy vinculada la actuación legislativa a la situación económica financiera del Estado. Sin duda, habría que esperar a los años venideros para que se ampliara la duración de este

TABLA 3.2. Evolución normativa de la duración máxima de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento.

NORMAS QUE HAN REGULADO LA SUSPENSIÓN POR NACIMIENTO DE HIJO	
Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales	
Supuestos incluidos	El parto.
Titularidad	La mujer trabajadora.
Duración máxima	Seis semanas antes del parto y ocho después del parto. El período posnatal será en todo caso obligatorio y a él podrá sumarse, a petición de la interesada, el tiempo no disfrutado antes del parto.
Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (LET)	
Supuestos incluidos	El parto.
Titularidad	Las trabajadoras.
Duración máxima	La suspensión tendrá una duración máxima de catorce semanas , distribuidas a opción de la interesada.
Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la 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	
Supuestos incluidos	El parto,
Titularidad	La trabajadora. En el caso de que la madre y el padre trabajen, aquélla, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión , siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado período, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud.
Duración máxima	La suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas . El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, pudiendo hacer uso de éstas el padre para el cuidado del hijo en caso de fallecimiento de la madre.
Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL)	

permiso, hecho que se produjo, como hemos citado, en 2017. Con la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018, se produjo una nueva ampliación, pasando a durar cinco semanas la suspensión del contrato por paternidad (Disposición final trigésima octava de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018). Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, se reconoció la equiparación plena de la duración del permiso por nacimiento para ambos progenitores, de dieciséis semanas de duración (Esta equiparación total se produjo el 01/01/2021, según lo establecido en la Disposición transitoria decimotercera. Aplicación paulatina del artículo 48 en la redacción por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación).

NORMAS QUE HAN REGULADO LA SUSPENSIÓN POR NACIMIENTO DE HIJO	
Supuestos incluidos	El parto.
Titularidad	La trabajadora. El padre 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.
Duración máxima	Dieciséis semanas. Dos semanas más por cada hijo a partir del segundo.
Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación	
Supuestos incluidos	El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses.
Titularidad	Ambos progenitores.
Duración máxima	Dieciséis semanas. Para la madre biológica: será obligatorio el descanso durante las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre. Para el otro progenitor: será obligatorio el descanso durante las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil.

3.4.3. Distribución del periodo y reglas del disfrute

La forma en la que se puede ejercer este derecho y su distribución en el tiempo, variará en función del progenitor y de la casuística que se pueda presentar. Es importante recordar que, el Real Decreto-ley 6/2019, determinó que se trataba de un derecho individual de la persona trabajadora, sin que pudiera transferirse su ejercicio al otro progenitor, como así se permitía hasta el momento. Por ello, debemos olvidarnos de las diferentes situaciones que en origen se podían producir, en tanto que la madre biológica, como titular originaria del derecho, podía decidir cómo administrar los periodos de suspensión: uso del permiso en su totalidad, cesión total al otro progenitor o disfrute compartido entre ambos¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁹⁰ Con relación a las reglas del disfrute y la diferente duración de la suspensión del contrato para cada uno de los progenitores, antes de la reforma de 2019, resumimos la doctrina del TC y los fallos de diversos tribunales de justicia sobre la temática. Se trata de un debate que ya estaría cerrado a raíz del Real Decreto-ley 6/2019 (PERÁN QUESADA, S., “De la tutela diferenciada de la maternidad y la paternidad a la protección por nacimiento y cuidado de menor desde una perspectiva constitucional”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 20, 2019, págs. 129-130). Sin embargo, el objeto de este resumen es conocer la postura de los tribunales ante estas controversias que, si bien con la norma actual, dejarán de producirse, aún seguirán emitiéndose fallos judiciales sobre la regulación anterior a 2019.

Aclarado este importante cambio normativo, veamos cuáles son las reglas o limitaciones que marca la norma:

1. **Titularidad compartida entre ambos progenitores:** otorgándoles los mismos derechos con independencia si se trata de la madre biológica o del otro progenitor. Recordemos que, hasta la reforma de 2019, la cesión siempre se realizaba a voluntad de la madre, titular originaria del derecho, que debía comunicarlo al iniciarse el periodo de descanso por maternidad. La madre era la única titular del derecho, el otro progenitor no tenía un derecho individual y autónomo –como sí lo tiene actualmente–, sólo tenía uno derivado del de la madre, lo que podía condicionar la participación del padre (u otro progenitor) en la atención y cuidados del neonato¹⁰⁹¹. Por tanto, no se trataba de una cotitularidad vinculada a la corresponsabilidad entre progenitores, puesto que no se cambiaba el tratamiento jurídico de la titularidad¹⁰⁹².
2. **Seis semanas de descanso obligatorio para la madre:** las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, son de descanso obligatorio para la madre, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre¹⁰⁹³. Estas semanas son siempre de disfrute obligatorio con el

Así, la doctrina del TC, la encontramos en recientes sentencias de 2018 y 2019, en las que se establecen que la distinta duración del permiso de maternidad, con relación al de paternidad, no constituye una vulneración del derecho de igualdad. La finalidad del permiso de la madre, difiere con respecto a la del padre, puesto que, en el primer caso, se trata preservar la salud de la mujer trabajadora durante su embarazo y después, así como de las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el puerperio; y en el segundo, se trata de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de padres y madres en el cuidado de los hijos (la STC núm. 161/2004 de 04/10/2004, establece que además de estos dos objetivos, el permiso de maternidad “también persigue evitar en el marco del contrato de trabajo las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzar, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora, al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado”). Por lo que, la superior duración del permiso por maternidad no resulta discriminatoria para el varón por responder a diferentes situaciones y finalidades. Todo ello, sin perjuicio de que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, “pueda ampliar la duración del permiso de paternidad, como en efecto lo ha hecho, hasta llegar incluso, si lo estima oportuno, a la plena equiparación con el permiso y la prestación por maternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos” (hecho que ha sucedido con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019). El TC, destacaba el notorio y prolongado debate social y político que existía sobre la conveniencia de ampliar la duración del permiso por paternidad (SSTC núm. 2/2019 de 14/01/2019, núm. 111/2018 de 17/10/2018, núm. 117/2018 de 29/10/2018 y núm. 138/2018 de 17/12/2018). Sobre las consecuencias de estas sentencias, véase análisis que sobre las mismas realiza PERÁN QUESADA, S., “De la tutela diferenciada...”, op. cit., págs. 129-141.

Las SSTSJ fallan en el mismo sentido, justificando que su diferente duración no es discriminatoria para el hombre, porque estamos ante situaciones jurídicas distintas, que justifican el trato desigual. Se basan en razones objetivas como las derivadas del hecho biológico de la maternidad, que tiene un doble objetivo: 1) la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste; y 2) la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto (entre otras: SSTSJ de Madrid de 30/06/2017 y 07/09/2018, de Navarra de 02/02/2017 y de Castilla La Mancha de 30/10/2018).

¹⁰⁹¹ ÁLVAREZ CUESTA, H., “El ejercicio de la paternidad biológica en solitario y la titularidad compartida de la maternidad”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2010, págs. 27-34.

¹⁰⁹² GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 24.

¹⁰⁹³ Se recoge igualmente en el art. 3.3 del Convenio número 103 de la OIT.

fin de facilitar la recuperación de la madre tras el parto, tanto física como psíquicamente¹⁰⁹⁴. Se trata pues de un descanso de obligada ejecución por parte de la madre, que no debe tener la calificación de “ausencias” o “permisos retribuidos” a efectos del cobro de retribuciones variables, por lo que se deben computar para el cómputo de las jornadas productivas, los días de trabajo comprendidos en las seis semanas inmediatamente posteriores al parto que disfrutaron las trabajadoras por razón de la suspensión del contrato por nacimiento. Así, la STS de 27/05/2015 determinaba que “no resulta admisible que se incentive la renuncia al disfrute de un descanso que el legislador configura con perfil obligatorio, y mucho menos penalizar en modo alguno a quien cumple esta suerte de derecho-deber, que por su propia naturaleza no puede suponer agravio para quienes no están en la misma situación”¹⁰⁹⁵. Esta sentencia ratificó la SAN de 30/09/2013. “En concreto, la empresa estableció una retribución variable extra convenio para cuyo devengo se exigía presencia efectiva de los trabajadores, influyendo, entre otras circunstancias, las ausencias autorizadas (excepto vacaciones) de más de treinta días naturales en el año”. El TS entendía en 2015 que, dicha práctica entrañaba un trato discriminatorio por cuanto eran exclusivamente las mujeres quienes podían disfrutar de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, exigiéndose a éstas un esfuerzo suplementario para alcanzar el 100% de la bonificación correspondiente.

3. **Seis semanas de descanso obligatorio para el progenitor distinto de la madre biológica.** Igualmente, será obligatorio el descanso, para el otro progenitor, durante las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil.
4. **Disfrute de las 10 semanas restantes.** Las diez semanas restantes se podrán disfrutar, a voluntad de los trabajadores, en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. Es decir, el legislador introduce una mejora significativa, dotando a este permiso de una cierta flexibilidad que hasta el momento no se producía, puesto que los periodos de disfrute debían ser ininterrumpidos. Sin embargo, el carácter “no obligatorio” de este periodo, “puede conducir a que únicamente sea la trabajadora la que haga uso del período de descanso voluntario”, mientras que el otro progenitor (en su mayoría varón) no se acoja al mismo, “reincorporándose (...) al trabajo una vez transcurrido el período obligatorio de seis semanas de

¹⁰⁹⁴ SIERRA HERNAIZ, E., “Las medidas de igualdad de oportunidades a favor de la mujer en el empleo”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1998, págs. 1233-1258.

¹⁰⁹⁵ SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2015”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016, pág. 435.

descanso. El carácter obligatorio de todo o de una mayor parte del período de descanso hubiera evitado de un modo definitivo esta posibilidad”¹⁰⁹⁶. En nuestra opinión, precisamente este carácter de flexibilidad es el que permite a los progenitores escoger el periodo de suspensión del contrato para el cuidado del menor, a conveniencia, sin que creamos necesario ampliar el periodo obligatorio de seis semanas posteriores al parto. No olvidemos que, probablemente durante las seis semanas posteriores al parto, será el periodo en el que el menor exija más cuidados y, por tanto, los progenitores deberán dedicarle una parte importante de su tiempo. Tiempo de dedicación que irá disminuyendo a medida que se incremente la edad del hijo.

5. Descanso previo al nacimiento. En el caso de la madre biológica, el legislador permite anticipar el ejercicio del derecho a la suspensión por nacimiento, hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. Se trata de una novedad con respecto al texto legislativo de 2015, que determinaba que el periodo de suspensión se distribuía a opción de la interesada, siempre que seis semanas fueran inmediatamente posteriores al parto. Es decir, no existía este límite de cuatro semanas. Por ello, en su momento se plantearon diferentes situaciones problemáticas asociadas a esta falta de límite de semanas. Así, el problema surgía cuando la madre comenzaba el descanso antes del parto y tras el mismo, le restaba un periodo de tiempo inferior a seis semanas, que debían ser de obligado descanso. En estas situaciones, el facultativo del servicio público de salud, debía expedir un informe de maternidad con la fecha probable del parto¹⁰⁹⁷. Si a consecuencia de un error en la fecha estimada del alumbramiento, a la trabajadora le restaban menos de seis semanas de descanso, la jurisprudencia venía determinando que se debía ampliar esta suspensión, puesto que el error no era imputable a la trabajadora¹⁰⁹⁸. Incluso algunos autores estimaban que esta ampliación podía extenderse incluso más allá del periodo de descanso obligatorio¹⁰⁹⁹. Con este cambio legislativo, quedan superados estos casos conflictivos, dejando claro el legislador que el límite se establece en cuatro semanas antes de la fecha probable del parto.

6. Fallecimiento de la madre. Como consecuencia de la ampliación de la titularidad efectuada por el Real Decreto-ley 6/2019, en principio, no tendría consecuencias para el disfrute del permiso por el otro progenitor. Sin embargo,

¹⁰⁹⁶ MORENO GENÉ, J., “De la suspensión del contrato por paternidad a la suspensión del contrato del otro progenitor por nacimiento de hijo: ¿un paso definitivo hacia la corresponsabilidad?”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 227, 2020, pág. 73.

¹⁰⁹⁷ Art. 13 real Decreto 295/2009.

¹⁰⁹⁸ Vid STSJ de Galicia de 03/10/2003 y STSJ de Andalucía de 12/07/1993.

¹⁰⁹⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora”, Instituto de la Mujer, Madrid, 2002, págs. 29-30.

conviene precisar que dicha norma, en lo que se refiere a algunas modificaciones del art. 48.4 LET, no era de aplicación directa e inmediata, tras su entrada en vigor, sino que requería de una aplicación paulatina en base a unas reglas establecidas por el propio Real Decreto-ley 6/2019¹¹⁰⁰. Así, establecía que “en tanto no se produzca la total equiparación en los periodos de suspensión de ambos progenitores, y en el periodo de aplicación paulatina, el nuevo sistema se aplicará con las siguientes particularidades: (...) a) En caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica de conformidad con el artículo 48.4”. Por tanto, el legislador establecía que hasta que el permiso por nacimiento para el otro progenitor alcanzara el mismo periodo que el de la madre biológica –situación que se produce a partir del día 1 de enero de 2021–, en caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor tenía derecho a la totalidad del permiso por nacimiento.

En la situación concreta del fallecimiento de la madre, se ha producido un gran avance legislativo tras las últimas reformas. No podemos olvidar que, en origen, el padre únicamente podía hacer uso de las seis semanas posteriores al parto, aspecto introducido por una norma de 1989¹¹⁰¹. La LCVFL amplió este derecho a la totalidad, o en su caso, a la parte que le restara del periodo de suspensión, avance significativo, con respecto a la norma de base¹¹⁰². En 2007, con la aprobación de la LOIMH, se produjo una importante novedad, permitiendo al otro progenitor disfrutar de todo el periodo, realizándose el cómputo desde la fecha del parto, con independencia de la fecha del fallecimiento –en el parto o en un momento posterior– y la causa del mismo¹¹⁰³; y sin que se descontara del mismo, la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En este caso se establecían dos garantías adicionales: 1) no se le descontaría al otro progenitor el periodo de tiempo que hubiera podido disfrutar la madre antes del parto, no sucediendo lo mismo para el tiempo posterior al alumbramiento; y 2) no se exigía que la madre realizara ningún trabajo en su momento^{1104 1105}.

¹¹⁰⁰ Apartado 2 a) de la Disposición transitoria decimotercera. Aplicación paulatina del artículo 48 en la redacción por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

¹¹⁰¹ Artículo Primero de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la 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.

¹¹⁰² Artículo quinto LCVFL.

¹¹⁰³ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho a la maternidad...”, op. cit., pág. 33

¹¹⁰⁴ En opinión de GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., en su obra “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 25, se trata de paliar la situación de desamparo del hijo, facilitando el acceso del otro progenitor al cuidado del neonato.

¹¹⁰⁵ Sobre la titularidad y el uso compartido del permiso por maternidad (antes de la reforma de 2019), el requisito que establecía el legislador era que ambos progenitores debían ser trabajadores al iniciarse el

- 7. Fallecimiento del hijo o hija.** En este caso, señala el art. 48.4 LET que el periodo de suspensión por nacimiento no se verá reducido, salvo que, una vez que han terminado las seis semanas de descanso obligatorio, los progenitores solicitaran reincorporarse a su puesto de trabajo.

periodo de descanso por maternidad. La duda surgía en torno al régimen en el que se encontrarán adscritos, entendiendo que, si eran trabajadores por cuenta ajena, entrarían en el ámbito de aplicación de la LET y, por tanto, no cabría duda del uso compartido del descanso. La cuestión radicaba en determinar si siendo uno de los progenitores trabajador por cuenta propia, se podría hacer un uso compartido del descanso por maternidad. La respuesta la hallábamos en el art. 2.4 del Real Decreto 295/2009 y en el art. 318 LGSS, sobre prestaciones por maternidad y por paternidad en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (Título IV LGSS). Se producía una equiparación entre los trabajadores por cuenta ajena y aquellos que eran por cuenta propia, en materia de periodos durante los que se tenía derecho a percibir los subsidios por maternidad y por paternidad, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución. Este texto fue introducido por la disposición adicional 18.21 de la LOIMH, que en su origen se incluyó en la disposición adicional undécima bis LGSS. Tras la reforma de esta norma en 2015, pasó a formar parte del art. 318 LGSS. En opinión de OLARTE ENCABO, S., "Transferencia de la prestación por maternidad de las trabajadoras autónomas: la equiparación plena con las trabajadoras por cuenta ajena", *Aranzadi Social*, núm. 16, 2010, págs. 29-36, con esta modificación se produjo una equiparación plena en la protección de la maternidad de los trabajadores autónomos.

Esta equiparación real que se produjo tras la modificación efectuada por la LOIMH, vino a corregir lo que hasta el momento había determinado la jurisprudencia, no permitiendo la cesión total o parcial de este derecho si la trabajadora no era trabajadora por cuenta ajena (Como se reconoce en la STSJ del País Vasco de 02/12/2008, la propia Exposición de Motivos de la LOIMH deja claro que las mejoras que introduce en el actual permiso de maternidad lo son también para los trabajadores y trabajadoras autónomos y de otros regímenes especiales de la Seguridad Social). Así, la STS de 18/03/2002 establecía en su F.D. 3º que ni el art. 48.4 LET, ni la LGSS autorizaban a que la mujer trabajadora por cuenta propia gozara del permiso por maternidad, presupuesto primero para que el padre pudiera disfrutar de parte del mismo por opción de la madre, siendo requisito esencial que la trabajadora que dé a luz, esté vinculada por un contrato laboral susceptible de suspensión, de acuerdo al art. 45.1 d) LET (F.D. 2º). Ya el TS en unificación de doctrina aprobó las sentencias de 28/12/2000 y 20/11/2001, que en resumen establecían que, si la madre por su actividad profesional quedaba fuera del ámbito de la LET, no podía hacer cesión a su marido de un derecho del que ella carecía. En sentido contrario se pronunció la STSJ del País Vasco de 02/12/2008 –tras la reforma efectuada por la LOIMH–, en la que se determinaba que las trabajadoras por el hecho de serlo en cuanto encuadradas en los distintos regímenes de la Seguridad Social, tienen reconocido el derecho a la prestación de maternidad con igual extensión, y poseen iguales motivos para optar a que sea el otro progenitor el que disfrute el permiso de maternidad dentro del periodo que marca la norma.

La STS de 20/05/2009 determina que para que se produzca tanto la cesión completa del derecho, como un uso compartido del descanso por ambos progenitores, la trabajadora deberá ejercer una de estas opciones "al iniciarse el periodo de descanso", momento en el que debe comunicarse al empresario, que presenta "la necesidad de conocer el periodo de tiempo en que la trabajadora va a estar disfrutando del permiso de maternidad, si lo va a disfrutar en su totalidad o sólo en parte, para poder hacer sus previsiones respecto a la organización del trabajo, sustitución de la trabajadora, contratación de otro trabajador, etc." Sin embargo, continúa esta sentencia, apoyándose –como decíamos en párrafos anteriores– en las diferencias que hay entre el "plano laboral" y el "plano prestacional", que no deben confundirse, puesto que cada uno tiene su propia regulación legal y se podría llegar al caso de que se tuviera derecho al descanso por maternidad y no existir el derecho a la prestación por maternidad por no cumplir algún requisito específico. El TS considera que no cabe establecer como requisito para que el padre disfrute una parte del subsidio de maternidad, cedido por la madre, el que ésta, en el momento de solicitar dicho subsidio, opte por que una parte del mismo lo perciba el padre. Y ello es así porque la solicitud del subsidio por maternidad a favor del padre, se regirá en cuanto a los plazos de solicitud, prescripción y caducidad por las normas generales de la LGSS, ley que no contempla como requisito para que el padre tenga derecho a percibir parte del subsidio por maternidad, que la madre haya optado, "al iniciarse el periodo de descanso de maternidad", porque parte de este descanso lo disfrute el padre. Por último, la STS realiza un comentario final sobre la interpretación que se le debe dar a estos preceptos, destacando que lo fundamental es tener en cuenta el sentido del art. 4 LOIMH, que establece que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas".

3.4.4. El ejercicio del derecho y el papel empresarial: reglas para el disfrute a tiempo parcial

Aunque legalmente no se exijan requisitos formales para el disfrute del descanso por nacimiento¹¹⁰⁶, es evidente que se deben llevar a cabo determinadas actuaciones para el adecuado ejercicio de este derecho, sobre el momento en el que se producirá la suspensión del contrato de trabajo, la forma del disfrute, la decisión sobre que progenitor o progenitores disfrutarán el permiso por maternidad, etc. En definitiva, debe primar el principio de la buena fe contractual, que impone la obligación de comunicar y justificar al empresario todas las particularidades relacionadas con la suspensión que se pretende disfrutar.

Con carácter general, los titulares del derecho al descanso por nacimiento, podrán determinar con cierta autonomía el momento en el que comenzará y finalizará la suspensión del contrato, con los límites ya señalados en apartados anteriores, así como a que progenitor o progenitores se les suspenderá el contrato y la forma en que se realizará este disfrute.

Sin embargo, el legislador ha establecido reglas específicas para el caso en el que el trabajador quiera disfrutar del descanso por nacimiento a tiempo parcial. Como norma general, la suspensión del contrato podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente. Es decir, si el trabajador opta por disfrutar el permiso a tiempo parcial, la norma plantea una doble exigencia: por un lado, debe alcanzarse un acuerdo entre trabajador y empresario y por otro, se deberá estar a lo establecido en el reglamento de desarrollo¹¹⁰⁷. La excepción se produce durante las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, que obligatoriamente deberán disfrutarse en régimen de jornada completa, tanto para la madre biológica, como para el padre u otro progenitor. El objetivo, ya citado anteriormente, es lograr el cuidado compartido del menor, por parte de ambos progenitores, teniendo las personas trabajadoras el derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo¹¹⁰⁸.

Con respecto al desarrollo reglamentario, el Real Decreto 295/2009, establece determinados requisitos para su efectiva realización y reglas específicas que deberán

¹¹⁰⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho a la maternidad...”, op. cit., págs. 52-53.

¹¹⁰⁷ Crítica de LOUSADA AROCHENA, J.F., en el “Permiso de paternidad y conciliación masculina”, Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 31; donde afirma que esta doble exigencia no concuerda con la finalidad de facilitar a los progenitores el disfrute del derecho.

¹¹⁰⁸ Exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2019.

cumplirse durante el periodo de suspensión del contrato¹¹⁰⁹. Así, establece que se deberán cumplir los siguientes requisitos y reglas:

1. **Acuerdo con la empresa:** que será es imprescindible. En caso de negativa empresarial, el trabajador no podrá ejercer este derecho a jornada parcial. En este supuesto, la empresa deberá justificar razonadamente el motivo de la denegación, basándose en causas organizativas y que en ningún caso podrán ser de carácter arbitrario o discriminatorio¹¹¹⁰. El acuerdo, que podrá celebrarse al inicio del descanso correspondiente o en un momento posterior y podrá extenderse a todo el periodo de descanso o a parte del mismo, deberá contener todos los aspectos relacionados con la determinación de la jornada efectiva de trabajo y los términos concretos del ejercicio de la misma, determinándose la proporción de trabajo y suspensión del contrato, relación que no está regulada legalmente¹¹¹¹.
2. **Modalidad del disfrute:** que se podrá ejercer de forma simultánea o sucesiva, pero siempre de manera ininterrumpida. Una vez acordado, sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre la empresa y el trabajador afectado, por iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor.
3. **Duración del permiso:** se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice. Sin duda, esta regla es la que puede encontrar más dificultad en su aplicación directa, puesto que no se especifica cuál debe ser la proporción entre la jornada de trabajo y la suspensión parcial del contrato, dejando el legislador esta relación a lo que establezca el acuerdo al efecto. De esta forma, el trabajador podrá prestar servicios de forma regular (el mismo número de horas diarias de trabajo y de suspensión) o irregular, variando la duración en función del día en el que se desarrolle su actividad laboral¹¹¹².
4. **Progenitores:** podrá ser ejercido por cualquier tipo de progenitores, ya sean biológicos, adoptantes o acogedores.
5. **Seis semanas posteriores al nacimiento:** en caso de maternidad biológica, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad de permiso durante las seis semanas inmediatas posteriores al mismo, que serán de descanso obligatorio a

¹¹⁰⁹ Disposición adicional primera. Suspensión del contrato de trabajo y cese en la actividad por maternidad y paternidad a tiempo parcial.

¹¹¹⁰ GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 33.

¹¹¹¹ Salvo para los casos de paternidad: “En el caso de la paternidad, la jornada realizada a tiempo parcial no podrá ser inferior al 50 por 100 de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo”; y trabajadores por cuenta propia: “Los trabajadores por cuenta propia podrán, asimismo, disfrutar los descansos por maternidad y paternidad a tiempo parcial, a cuyos efectos, la percepción de los subsidios y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del 50 por 100”.

¹¹¹² GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 33.

tiempo completo, como ya hemos comentado en apartados anteriores. En este supuesto, entendemos que esta misma regla también es operativa para el otro progenitor, que igualmente tiene la obligatoriedad de descanso obligatorio de seis semanas posteriores al parto. Sin embargo, recordemos que el RD 295/2009, mantiene la denominación de origen, circunstancia que entendemos, debería actualizarse conforme a lo establecido en el Real Decreto-ley 6/2019, puesto que, entre otras, remite a normas y arts. que ya no están en vigor^{1113 1114}.

6. **Horas extraordinarias:** que no podrán realizarse durante el disfrute del permiso, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.
7. **Incompatibilidades:** el disfrute bajo esta modalidad a tiempo parcial será incompatible con el ejercicio de los derechos contemplados en los art. 37.4 y 37.5 LET, sobre el permiso para el cuidado del lactante y permiso por nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado. Igualmente será incompatible con el art. 37.6 LET, reducción de jornada por guarda legal y con el art. 46.3 LET, excedencia por cuidado de familiares. Es interesante la crítica realizada por diversos autores a esta falta de compatibilidad de derechos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar, destacando la descoordinación que existe entre estos derechos y su falta de flexibilidad. Esta flexibilidad debe permitir el disfrute de un derecho de diversas formas (a tiempo completo, a tiempo parcial; sin interrupción o fraccionadamente), y debe estar coordinada con los distintos derechos de diversos modos para que el disfrute de uno no entorpezca el ejercicio de otro¹¹¹⁵.
8. **Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA):** en los casos de trabajadores por cuenta propia, podrán disfrutar esta modalidad del descanso, en cuyo caso, el límite de reducción de la actividad y la correspondiente percepción del subsidio será del 50 por 100.

Considerados todos los requisitos y reglas que establece el reglamento de desarrollo, el trabajador podrá acogerse a la suspensión del contrato a tiempo parcial,

¹¹¹³ A tal efecto, la Disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 6/2019, establece que “Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto en el presente real decreto-ley”. En nuestra opinión, el legislador debió ser más preciso para evitar posibles interpretaciones y resolver las dudas que se pudieran generar. Se trata de dar respuesta a las diferentes cuestiones que generan incertidumbres interpretativas e inseguridad jurídica, por lo que debemos estar a la espera de un nuevo desarrollo reglamentario (GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia”, Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, núm. 20, 2019, pág. 49).

¹¹¹⁴ En cualquier caso, la “Disposición adicional única. Adaptación normativa” del Real Decreto-ley 6/2019, establece que “Todas las referencias realizadas en textos normativos a las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad se entenderán referidas a las nuevas prestaciones y permisos contemplados en este real decreto-ley”.

¹¹¹⁵ Por todos, VIQUEIRA PÉREZ, C., “Derechos de conciliación...”, op. cit., págs. 11-26.

de forma que el tiempo en el que preste servicios en la empresa, será considerado tiempo de trabajo efectivo, “manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante”.

Por último, con relación al ejercicio del derecho y al papel empresarial en los casos de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, se debe estudiar en profundidad que acciones debe asumir la empresa y que consecuencias pueden originarse por la falta de conocimiento de la situación de embarazo. Dada la trascendencia e importancia del asunto, nos remitimos al capítulo dedicado a la acción preventiva y protectora de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo.

3.4.5. Particularidades de la suspensión del contrato de trabajo por causas relacionadas con el nacimiento

En numerosas ocasiones, la norma no regula o no es capaz de regular toda la casuística que se puede generar en torno a un derecho específico y más aún si cabe, cuando se trata de situaciones tan singulares como las relacionadas con el nacimiento de un hijo y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Así, nos vamos a centrar en dos situaciones que pueden originarse en torno a la suspensión del contrato de la madre biológica, por nacimiento:

A) Interrupción del embarazo

Siguiendo el tenor de la norma laboral, la interrupción del embarazo no estaría incluida dentro del ámbito de aplicación del art.45.1.d) LET, puesto que no llega a producirse el nacimiento, ni por supuesto el parto ni la lactancia, por lo que en principio se descartaría la suspensión del contrato de trabajo por interrupción del embarazo, pudiendo estar afectada únicamente por una incapacidad temporal por las posibles secuelas de la interrupción. Sin embargo, el art. 8.4 del Real Decreto 295/2009, permite la percepción de la prestación económica en el supuesto de la interrupción del embarazo, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días. El legislador trata de equiparar este supuesto al caso de fallecimiento del hijo, por el que, el periodo de suspensión será el mismo que le hubiera podido corresponder, en caso de que no se hubiera producido el óbito del neonato. Asimismo, en el caso de la interrupción del embarazo, la norma tampoco obliga a que el feto hubiera adquirido personalidad, de acuerdo al Código Civil, sino que el único requisito es que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días¹¹¹⁶. En definitiva, el legislador intenta equiparar en

¹¹¹⁶ Art. 30 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

igualdad de derechos al supuesto de fallecimiento de neonato con la situación de interrupción del embarazo.

B) Enfermedades vinculadas o coincidentes con el embarazo, el parto o el postparto

Nos referimos a aquellas enfermedades que pueden tener su origen en el embarazo o la lactancia natural o únicamente son coincidentes con el periodo de tiempo que dura el descanso de la madre por nacimiento. Si la enfermedad la contrae la madre antes de comenzar el embarazo, la mujer se encontrará en situación de incapacidad temporal hasta la fecha del parto, momento en el que comenzará la suspensión del contrato por nacimiento. Si la suspensión por nacimiento es a tiempo parcial, de acuerdo a lo establecido reglamentariamente, será compatible el percibo de los subsidios correspondientes a la incapacidad temporal y al nacimiento. Si tras la finalización del periodo de suspensión, la madre persistiera con la enfermedad contraída, se reanuda el cómputo interrumpido, aun cuando se hubiera extinguido el contrato de trabajo¹¹¹⁷.

Hecho diferente sucede cuando, ante una situación en la que la empresa, tras una interpretación errónea del convenio colectivo de aplicación, considera la suspensión del contrato como una situación de incapacidad temporal, deniega los días de compensación de festivos del año anterior. La SJS núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria de 23/02/2018, ha determinado que “puede concluirse que la limitación de un derecho ligado a la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, que garantiza el derecho al empleo de las trabajadoras con responsabilidades familiares y el respecto al principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, puede discriminar por razón de sexo”. La sentencia afirma que el hecho de que la empresa pretendiera “asimilar la maternidad a una enfermedad” supone “obviamente” una interpretación restrictiva del ejercicio de sus derechos y “una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras”¹¹¹⁸.

C) Familias monoparentales

Recientemente, se ha abierto un debate en torno a las posibles situaciones perjudiciales hacia las familias monoparentales con respecto a las que tienen dos progenitores. Así, la citada anteriormente STSJ del País Vasco de 06/10/2020, reconoce el derecho a una madre de familia monoparental, a disfrutar el periodo de

¹¹¹⁷ Art. 10.3 Real Decreto 295/2009.

¹¹¹⁸ Sobre la SJS de Las Palmas de Gran Canaria de 23/02/2018, véase CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Condenado un hotel por computar la baja de maternidad de una trabajadora como enfermedad”, 2018. Enlace: <https://bit.ly/2SiRvEW>. Véase igualmente DIARIO LA LEY, “Derecho de una camarera de piso a la compensación de los festivos coincidentes con su baja de maternidad”, núm. 9.166, 26 de marzo de 2018, Wolters Kluwer.

suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de hijo que le pudiera corresponder al otro progenitor en el caso que lo hubiera¹¹¹⁹. En sus fundamentos, el TSJ del País Vasco, concede el derecho a la trabajadora, puesto que lo contrario supondría una situación discriminatoria y “una conculcación del derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño ya indicada de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989”, puesto que “la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado va a sufrir una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir”. Así, no conceder el derecho a este permiso, quebrantaría “el desarrollo del niño, al quedar atendido menos tiempo y con menor implicación personal de quien ha sido considerado progenitor”¹¹²⁰.

Igualmente, para los supuestos de nacimientos múltiples, las familias monoparentales se encuentran en una situación de cierta desventaja con respecto a aquellas que tienen dos progenitores. Así, la reforma de 2019 “repartió” las dos semanas adicionales por cada hijo adicional, a razón de una por cada progenitor lo que, en nuestra opinión, se traduce en una desventaja o retroceso, con respecto al texto anterior. Nuevamente el legislador no ha tenido en consideración las particularidades de las familias con un único progenitor, centrado su objetivo legislativo en la búsqueda de la corresponsabilidad, sin tener en cuenta el perjuicio que se le puede generar al menor, como así pone de manifiesto la comentada STSJ del País Vasco. El interés superior del menor debe estar por encima de cualquier otra consideración, incluso de una interpretación exegética de la norma.

3.4.6. Reincorporación al puesto de trabajo y efectos de la suspensión

Al finalizar cualquiera de las causas que motivaron la suspensión del contrato – excepto las causas contempladas en los apartados a) y b) del art. 45.1 LET, en que se estará a lo pactado–, el trabajador tiene derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo reservado, tal y como establece el art. 48.1 LET. En principio, el trabajador deberá incorporarse al día siguiente de la finalización de la suspensión del contrato de trabajo, puesto que la norma no establece un plazo especial de reincorporación. Sí es importante que, durante la reincorporación, se cumplan determinadas reglas que garanticen que la misma se va a efectuar bajo condiciones similares o más ventajosas que las que tenía en origen. Es interesante la crítica que se realiza desde diversos sectores doctrinales sobre las consecuencias negativas de la suspensión del contrato, afirmando que un largo periodo de inactividad profesional, puede dificultar las

¹¹¹⁹ Sentencia ya abordada en el epígrafe 3.3.1 de este *Capítulo: Permiso para el cuidado del lactante*. Recurrída en casación.

¹¹²⁰ Argumentos que se comparten en la SJS núm. 16 de Valencia de 10/05/2021.

oportunidades de retorno en condiciones análogas a las que tenía antes de ejercitar su derecho de suspensión¹¹²¹.

La regla fundamental es que el trabajador se deberá reincorporar, al menos bajo las mismas condiciones que tenía en el momento de comenzar la suspensión de su contrato de trabajo. En definitiva, el legislador pretende que no se produzca un menoscabo en sus condiciones laborales por el hecho de ejercer un derecho reconocido legalmente. Asimismo, cuando se produzcan mejoras laborales durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por las causas establecidas en el art. 45.1 LET apartados d) y e), el trabajador tendrá derecho a beneficiarse de las mismas como, por ejemplo, una subida salarial^{1122 1123}. Es el mismo planteamiento recogido en el art. 15 de la Directiva 2006/54/CE, que establece que la mujer trabajadora tiene 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. Y ello, debido a que el trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE constituirá discriminación¹¹²⁴. En definitiva, este precepto determina el principio de no lesividad de derechos individuales por el ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad¹¹²⁵.

Debe ser cuestión diferente la que se plantea cuando el empresario modifica las condiciones del trabajador que se ha reincorporado a su puesto tras la suspensión por las causas establecidas en el art. 45.1 LET apartados d) y e). En este sentido, habrá que atenerse a las características de esa modificación y determinar el carácter objetivo y no discriminatorio hacia los trabajadores que se han acogido a la suspensión del contrato de trabajo. Por tanto, son dos las situaciones que se pueden producir: 1) que el empresario ejerza su poder directivo de una forma abusiva, planteando modificaciones que pueden ser calificadas como discriminatorias; y 2) que el empresario justifique razonadamente las reformas basándose en criterios objetivos

¹¹²¹ MOLINA NAVARRETE, C., "Guía de negociación colectiva. Conciliación de la vida familiar y laboral", Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006, págs. 120 y ss. Misma teoría defiende FERNÁNDEZ COLLADOS M. B., en "Negociación sobre la adaptación...", op. cit., págs. 35-70.

¹¹²² Art. 48.9 LET introducido por la disposición adicional décimo primera de la LOIMH. En opinión de LOUSADA AROCHENA, J.F., en su obra "El derecho fundamental a la igualdad...", op. cit., pág. 383, se trata de una modificación que representa un importante avance dirigido a la eliminación de la discriminación por embarazo/ maternidad.

¹¹²³ LOUSADA AROCHENA, J.F., "El derecho a la maternidad...", op. cit., pág. 78.

¹¹²⁴ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; CEBRIÁN CARRILLO, A., "La maternidad y paternidad en el derecho de la Unión Europea. Comentario a la Directiva 2006/54/CE; su inmediata incorporación por la futura Ley de igualdad y el propósito reparador de ésta respecto de algunos defectos transitorios de la Directiva 92/85/CE", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 67, 2007, pág. 250.

¹¹²⁵ BALLESTER PASTOR, M. A., "Conciliación y corresponsabilidad...", op. cit., pág. 33.

legales y que en ningún caso sean discriminatorios. Debemos, por tanto, examinar la confrontación que existe entre los poderes directivos empresariales y los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral.

La normativa laboral permite al empresario, bajo unas determinadas condiciones, modificar las condiciones de trabajo cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción¹¹²⁶, que “se considerarán legítimas sólo si el empresario acredita la existencia de un motivo suficiente para que pueda descartarse toda finalidad discriminatoria”¹¹²⁷. En este sentido, hay escasos mecanismos para garantizar el cumplimiento de estas conductas antidiscriminatorias, de tal forma que la presencia de trabajadores con responsabilidades familiares, no es una garantía, como así puede suceder con el despido u otras formas extintivas¹¹²⁸. Por tanto, ante esta situación, es fundamental acudir a la jurisprudencia para que nos aclare como debe ser la actuación empresarial para evitar una condena por trato discriminatorio. Uno de los indicios que se aprecian para analizar la procedencia de las modificaciones es la conexión temporal entre la decisión empresarial y la reincorporación de la trabajadora a su puesto habitual. Así, es necesario apreciar una conexión espacio temporal entre la vuelta del permiso y la modificación operada por el empresario, de tal forma que si transcurre un determinado periodo tiempo desde su reincorporación hasta la modificación (en la sentencia analizada fueron siete meses), no cabe considerar una lesión del derecho fundamental a la igualdad por haber disfrutado con anterioridad el referido permiso (en este caso de maternidad)¹¹²⁹. Igualmente, el empresario –al que le incumbe la carga de la prueba– debe aportar las pruebas que permitan justificar la modificación sustancial y acreditar problemas de tipo económico u organizativo que afecten a su prestación de servicios. Se debe cumplir con el concepto causal imperante en la LET, excluyendo la adopción unilateral de cualquier medida empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo que no respondan a las exigencias probadas¹¹³⁰.

En este sentido, la STC 233/2007, de 05/02/2007 determina que en caso de no cumplir la regla fundamental –reincorporarse, al menos, bajo las mismas condiciones que tenía en el momento de comenzar la suspensión de su contrato de trabajo–, se podría producir una vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) originada por una disconformidad entre las decisiones empresariales y la

¹¹²⁶ Art. 41 LET.

¹¹²⁷ GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRES, L.E., “Poderes directivos empresariales y conciliación de la vida laboral y familiar: una asignatura pendiente”, en BORRAJO DACRUZ, E., “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, *La Ley-Actualidad*, 2010, pág. 188.

¹¹²⁸ GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRES, L.E., “Poderes directivos...”, *op. cit.*, pág. 191.

¹¹²⁹ STSJ de Galicia de 18/12/2008. En el Auto del TS de 19/11/2009, se declara la firmeza de esta sentencia y se pronuncia en el mismo sentido.

¹¹³⁰ STSJ de Andalucía de 12/09/2012.

regulación legal de esos derechos asociados a la maternidad. En este sentido el art. 14 CE "...excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias, por lo que puede causar una vulneración del art. 14 CE la restricción de los derechos asociados con la maternidad o la asignación de consecuencias laborales negativas al hecho de su legítimo ejercicio, visto que el reconocimiento de esos derechos y sus garantías aparejadas están legalmente contemplados para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo principal la posición laboral de la mujer trabajadora"¹¹³¹.

Asimismo, la jurisprudencia del TC hace una defensa vehemente de la compatibilidad entre el ejercicio del derecho a la maternidad (como se denominaba el permiso entonces) y el mantenimiento de los derechos profesionales sin que se produzcan perjuicios por su estado biológico. En caso contrario, se estaría produciendo un supuesto de discriminación directa por razón de sexo. Así la STC 17/2003 de 30/01/2003 estima que "la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, sino que también en el ámbito estricto de desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias de la empresa evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora afianzando, al mismo tiempo todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado".

Por tanto, la STC 182/2004 de 04/07/2004 entiende que "la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo". "La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales", por ello la eliminación de la discriminación por razón de sexo debe implicar -entre otras- las actuaciones tendentes a prohibir tratamientos peyorativos relacionados con la "conurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres" (STC 26/2011 de 14/03/2011).

Más recientemente, la STC 2/2017 de 16/01/2017, ante el caso de una trabajadora a tiempo parcial (20 horas semanales) que, tras reincorporarse de una

¹¹³¹ En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 182/2005 de 04/07/2005, 214/2006 de 03/07/2006, y 17/2007 de 12/02/2007.

suspensión de contrato por embarazo de riesgo y posterior maternidad, vio como la empresa relegaba su derecho a la ampliación de su jornada (30 horas semanales) y cambio de destino, falló que la trabajadora había sufrido un perjuicio o trato peyorativo en sus condiciones laborales¹¹³². El TC estimó que no se dio a la trabajadora la oportunidad de ejercitar su derecho preferente y ello fue por estar de baja por riesgo en el embarazo. De no haber estado la trabajadora de baja, hubiera recibido el mismo trato igualitario que recibieron sus compañeros de trabajo a tiempo parcial. Asimismo, es muy tajante en su F.J. 6, en el que afirma que este trato peyorativo “viene derivado de su condición de mujer, porque la circunstancia de no haber podido ejercitar el derecho preferente de opción que le atribuía el convenio colectivo en la fecha en que surgió la necesidad empresarial de cubrir nuevos servicios y ampliar la jornada semanal de trabajo, se debió en exclusiva al hecho de hallarse en situación de baja laboral por embarazo de riesgo y ulterior maternidad, única situación en la que sólo es posible encontrarse una persona si es mujer”^{1133 1134}. Es clara la toma de postura del TC sobre el contenido constitucional de la conciliación, y sobre el carácter indirectamente discriminatorio por razón de sexo de toda medida que afecte negativamente a la posibilidad de conciliar la vida familiar y laboral, por ser las mujeres quienes se ven principalmente afectadas¹¹³⁵. La empresa debería haberle dado la oportunidad de ejercitar su derecho preferente para darle un tratamiento igualitario al resto de sus compañeros que sí tuvieron esa oportunidad¹¹³⁶. En definitiva, se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre¹¹³⁷. En conclusión, esta sentencia mantiene la tendencia que habían iniciado otras sentencias del TC de protección de la mujer-madre trabajadora¹¹³⁸ y falla en el mejor y más correcto de los sentidos, considerando

¹¹³² Anula la STSJ de Andalucía de 09/03/2015. Sobre la STC 2/2017, véase MONTROYA MELGAR, A., “Un año de jurisprudencia constitucional en materia laboral”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 207, 2018, págs. 11-12. Véase igualmente SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2017”, op. cit., págs. 439 y 556.

¹¹³³ Véase DIARIO LA LEY, “Impedir a una mujer el acceso a las mejoras laborales tras su baja por embarazo de riesgo es discriminatorio”, núm. 8.916, Sección La sentencia del día, 7 de febrero de 2017, Wolters Kluwer.

¹¹³⁴ Sobre la STC 2/2017, véase comentario en SERRANO GARCÍA, J.M., “La situación de discriminación...”, op. cit., págs. 149-158.

¹¹³⁵ RODRÍGUEZ RUIZ, B., “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, Revista Española de Derecho Constitucional, año núm. 35, núm. 103, 2015, pág. 363.

¹¹³⁶ GONZÁLEZ DE LA TAJADA, I., “Discriminación por razón de sexo al no tener la oportunidad de alcanzar mejoras en contrato de trabajo estando de baja por riesgo en el embarazo”, Aranzadi Doctrinal, núm. 4, 2017, pág. 184.

¹¹³⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Vuelta de tuerca contra la discriminación por razón de sexo”, Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 4, 2017, págs. 25-26

¹¹³⁸ Entre otras, STC 162/2016 de 03/10/2016.

discriminatoria la aptitud empresarial de no ofrecer una ampliación de contrato a la trabajadora de baja por encontrarse en maternidad¹¹³⁹.

La STS de 10/01/2017 se pronunció en el mismo sentido que ésta última, constituyendo un gran avance en esta doctrina. Declara que, cualquier práctica empresarial que compute como ausencias la baja maternal o las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo, siendo obligatorias ambas bajas, a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones variables de incentivos en el momento de la reincorporación, supone una discriminación directa por razón de sexo. Continúa la sentencia, estableciendo que la prohibición de discriminación alcanzaría también a los hombres, por cuanto las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar, que actúan de mecanismos activos de igualdad entre mujeres y hombres. Por tanto, la tutela constitucional, también debe incluir al otro progenitor, en base a dos líneas argumentales: 1) amparada bajo la prohibición de discriminación por circunstancias familiares; o 2) integrándola como contenido tutelado por la prohibición de discriminación por razón de sexo. En cualquier caso, el debate debe servir para reflexionar sobre la necesidad de avanzar desde la prohibición de discriminación por razón de sexo hacia la igualdad por razón de género¹¹⁴⁰.

Otro pronunciamiento judicial relevante para nuestro estudio lo encontramos en la STS de 16/07/2019, en la que se determina que el tiempo de suspensión del contrato por nacimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, adopción o acogimiento, debe computar como horas efectivamente trabajadas, a efectos de un complemento económico variable, previsto en convenio, que se abona por la realización de más de 1200 horas anuales de trabajo (Complemento Personal de Adaptación Variable –CPAV)¹¹⁴¹. En caso contrario, el TS declara que supondría una discriminación directa por maternidad y sería contraria a la protección dispensada por el ordenamiento jurídico a la maternidad, de forma que el perjuicio causado quedaría materializado en el no reconocimiento de los derechos económicos. Por ello, para garantizar la igualdad de trato y oportunidades y evitar toda discriminación del trabajador que se acoge a los permisos por nacimiento de hijo, respecto a los que no los han utilizado, se declara que la práctica empresarial de no considerar dicho periodo como horas trabajadas, a efectos del devengo del complemento económico, es

¹¹³⁹ SERRANO GARCÍA, J.M., “La situación de discriminación...”, op. cit. pág. 157.

¹¹⁴⁰ Interesantes conclusiones en SÁEZ LARA, C., “Garantía de indemnidad profesional y económica por razón de embarazo y maternidad”, Trabajo y Derecho, núm. 31-32, 2017, págs. 81-89.

¹¹⁴¹ Misma argumentación se emplea en la SJS núm. 26 de Barcelona de 03/10/2019. Sobre ésta última, véase comentario en DIARIO LA LEY, “Una empresa debe indemnizar a una trabajadora con 25.000 euros por no abonarle el bonus por ausencias derivadas de su maternidad”, núm. 9.534, Sección Jurisprudencia, 11 de diciembre de 2019, Wolters Kluwer.

discriminatoria¹¹⁴². Es significativa, la mención que se hace en la propia sentencia, a la Directiva 2019/1158, en la que, en su Considerando 6 establece que, “Las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios”. La Directiva establece derechos individuales relacionados con lo siguiente: a) el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores; y b) fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores. Así, el disfrute por los trabajadores de los derechos parentales citados, no puede originarles un perjuicio en sus derechos económicos¹¹⁴³.

Continuando con la doctrina del TC, la STC núm. 162/2016 de 03/10/2016, reconocía que la administración vulneró el derecho de no discriminación por razón de sexo, a una magistrada a la que le habían correspondido dos nuevos destinos, pero que, en situación de baja por encontrarse disfrutando de diversas licencias en relación a la maternidad, no había procedido a tomar posesión del mismo. “Ni la Administración ni el órgano judicial tuvieron en cuenta que la condición biológica y la salud de la mujer trabajadora han de ser compatibles con la conservación de los derechos profesionales, sin que la maternidad pueda permitir ninguna desventaja”. Concluye el TC afirmando que “en casos en los que la mujer que tiene condición de empleada pública obtiene un determinado destino durante las licencias ligadas a su maternidad o a un eventual embarazo de riesgo, para que no quede vulnerado su derecho a no ser discriminada por razón de sexo (...) debe entenderse que el momento en el que deben considerarse adquiridos los derechos económicos y profesionales inherentes al nombramiento, debe ser desde la fecha en la que la mujer hubiera podido tomar posesión de no haber mediado dicho tipo de permiso o licencia”¹¹⁴⁴.

¹¹⁴² GABINETE TÉCNICO DEL TRIBUNAL SUPREMO, “Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 2019-2020”, 2020. Enlace: <https://bit.ly/3nQAD2P>. La Crónica de la Sala Cuarta 2019-2020 ha sido realizada por las letradas del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D^a María Dolores Redondo Valdeón y D^a María Silva Goti (en la parte de Derecho del Trabajo), D^a Yolanda Cano Galán (en la de Seguridad Social), y D^a Ana de Miguel Lorenzo (en la correspondiente al Proceso Social), bajo la coordinación de los Letrados Coordinadores del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Ilmos. Sres. D. José Ángel Folguera Crespo y D. Santiago Marqués Ferrero, y bajo la supervisión de la Excmo. Sr. D. Jesús Gullon Rodríguez, Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y del Excmo. Sr. Director en funciones del Gabinete Técnico D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva.

¹¹⁴³ Recordemos que, a la fecha de esta sentencia, la Directiva 2019/1158 no se encontraba en vigor, puesto que los Estados miembros tienen hasta el 22/08/2022 para dar cumplimiento a esta norma. Aun así, la mención que se hace a la misma ha sido valorada de forma muy positiva por CASTRO ARGÜELLES, M.A., “Complementos retributivos vinculados al trabajo efectivo, periodos de suspensión de contrato por razones de maternidad y paternidad, y prohibición de discriminación por razón de sexo. STS-SOC núm. 589/2019, de 16 de julio”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 6, 2019, afirmando que “...el enfoque que esta norma mantiene coincide con el seguido por el TS, que como se ha visto ha abordado la solución del litigio desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación por razón de sexo”.

¹¹⁴⁴ Véase DIARIO LA LEY, “Según el Tribunal Constitucional, las bajas por embarazo de riesgo y por maternidad no se pueden equiparar al resto de permisos y licencias”, núm. 8.873, Sección La sentencia del día, 29 de noviembre de 2016, Wolters Kluwer.

Los pronunciamientos judiciales ordinarios se han manifestado desde entonces siguiendo las pautas marcadas por los fundamentos jurídicos de la STC 233/2007 y concretamente refiriéndose a discriminaciones retributivas producidas tras la finalización del periodo de descanso. Así, la STSJ de Madrid de 30/01/2012 que se refiere a la exclusión del periodo de maternidad a efectos del cálculo del complemento de productividad, pone de manifiesto que se produce una discriminación retributiva por razón de sexo cuando no se tiene en cuenta el periodo en el que la trabajadora está en situación de suspensión del contrato y, por tanto, el empresario le abona una cantidad en concepto de productividad inferior a la percibida en años anteriores. El tribunal manifiesta que, en este tipo de situaciones, en las que se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo –entre otras–, el demandado –en este caso la empresa– deberá justificar de manera objetiva y razonable y suficientemente probada las medidas adoptadas y su proporcionalidad¹¹⁴⁵. En caso contrario, se produciría una discriminación retributiva por razón de sexo.

Argumentos similares se exponen en la STSJ de Galicia de 28/12/2019, en la que se falla que, una médica residente del Servicio Gallego de Salud, tiene derecho a percibir el complemento de jornada complementaria (remunera las guardias médicas), aunque durante el periodo de percibo del mismo, estuviera en situación de suspensión del contrato por nacimiento de hijo. Para ello, el TSJ estima que se debe tener en cuenta el promedio de las retribuciones percibidas en concepto de dicho complemento en el año anterior. En caso contrario, nos encontraríamos ante una situación de discriminación por razón de sexo.

Igualmente se han producido casos de discriminación salarial a los efectos de promoción a un superior nivel retributivo debido a la exclusión del periodo de riesgo durante el embarazo o durante la suspensión del contrato, aunque así se establecía por convenio colectivo. Ejemplo de ello son las sentencias relacionadas con el asunto de *Iberia Líneas Aéreas*: SSTSJ de Madrid de 12/06/2013, 28/06/2010 y 04/02/2008.

La STSJ de Madrid de 21/05/2012, en la que se juzga un caso sobre denegación a una trabajadora el cambio de nivel a efectos retributivos por el hecho de haber estado de baja por riesgo durante el embarazo y permisos de maternidad y lactancia, pone de manifiesto que este tipo de conductas suponen un “ataque frontal al derecho a la maternidad que incide en discriminación anticonstitucional”, puesto que “de no haberse producido la situación por la que se le ha denegado el ascenso de nivel, éste se hubiera producido”.

Resulta muy esclarecedora la conclusión que se expone en el voto particular formulado por el Ilmo. Sr. D. Ramón Gómez Ruiz en la STSJ de Andalucía de 04/06/2015, en la que considera que “La maternidad no puede ser penalizada en la relación laboral de la mujer, la mujer no puede sufrir ninguna merma, ningún

¹¹⁴⁵ Art. 96 LRJS.

perjuicio, ninguna restricción o menoscabo a consecuencia de la misma durante la relación laboral, y al regresar después del descanso maternal o de situaciones de riesgo durante el embarazo, o durante la reducción de jornada que pueda tener, no debe sufrir ninguna agravación o empeoramiento de sus condiciones de trabajo ni por supuesto ninguna disminución retributiva”. Continúa el Magistrado, afirmando que las trabajadoras deberán “percibir los correspondientes incentivos como si no hubiera existido la baja maternal o riesgo durante el embarazo, en la cuantía correspondiente,...como si no hubieran estado ausentes del puesto de trabajo..., pues en caso contrario la trabajadora vuelve y se reincorpora tras la baja maternal o riesgo durante el embarazo con una situación negativa que repercute de forma desfavorable en el cálculo y en la percepción de los incentivos...y supone un trato discriminatorio por razón de sexo de la mujer por ser madre”¹¹⁴⁶.

Los tribunales ordinarios no solamente se refieren a discriminaciones por razón de sexo de tipo retributivas, sino que son numerosos los casos sobre modificaciones de las condiciones de trabajo y promoción profesional que tras el periodo de maternidad se producen en la actualidad. En la STSJ de Madrid de 13/11/2014 se detecta un caso en el que se modificaron las condiciones laborales de la trabajadora tras el periodo de suspensión, cambiándola de puesto de trabajo tras su incorporación, después del parto. La empresa no aportó ninguna justificación para los cambios, por lo que el tribunal estimó la “vulneración de derechos fundamentales y la nulidad radical de la conducta del empleador”. En el fallo se declaró la “vulneración del derecho de la trabajadora a no ser discriminada” y condenó al empresario a reponer a la trabajadora a la situación anterior a producirse la lesión del derecho fundamental¹¹⁴⁷.

Más recientemente, la STSJ de Galicia de 08/05/2019 ha reconocido como tiempo de trabajo a efectos administrativos, el periodo de tiempo durante el cual fue llamada para trabajar una mujer de baja por maternidad que estaba incluida en las listas temporales de la categoría de ATS/DUE. El TSJ acordó que “la situación de maternidad no puede asimilarse a la falta de capacidad funcional necesaria para desempeñar las funciones propias de un puesto de trabajo, sino que ha de serlo a un período de descanso que se disfruta por tal situación”. La discriminación existe, pues destaca que, eliminada la situación de maternidad, los servicios se hubiesen prestado y, por tanto, deben de reconocerse como tales, aunque no se puedan prestar por encontrarse la trabajadora en una situación que está protegida por la ley.

¹¹⁴⁶ La STSJ de Andalucía de 04/06/2015, fue anulada por la STS de 10/01/2017.

¹¹⁴⁷ Son numerosos los pronunciamientos similares de los tribunales en esta materia. Veamos algunos ejemplos: STSJ de Madrid de 05/10/2012 sobre discriminación por supresión de la ayuda económica por comida que disfrutaba la trabajadora antes de reincorporarse tras su baja de maternidad; STSJ de Madrid de 24/10/2005 en la que se produjo una modificación sustancial de las condiciones de una trabajadora al reincorporarse a su puesto tras la maternidad, pasando de un puesto de responsabilidad a realizar tareas meramente administrativas. El tribunal falla a favor de la trabajadora declarando la modificación como discriminatoria al no haber justificado la empresa de manera mínimamente razonable el cambio de puesto de trabajo y de contenido funcional del mismo que dispuso sobre la trabajadora.

La Justicia Europea también se ha pronunciado en el mismo sentido, determinando que las trabajadoras, en su relación laboral, están protegidas frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad y que una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad es víctima de una discriminación por razón de su embarazo y de ese permiso^{1148 1149}. Sobre los posibles beneficios de las mejoras en las condiciones de trabajo, la jurisprudencia europea ha declarado que una trabajadora durante el permiso por maternidad, no puede ser privada de su derecho de promoción profesional, puesto que el mismo formaría parte de las mencionadas condiciones de trabajo¹¹⁵⁰. Es decir, que “no computar el tiempo de disfrute del permiso como tiempo de servicios prestados, constituye un trato desfavorable basado en el ejercicio de un derecho derivado de la maternidad”¹¹⁵¹. En el mismo sentido se ha manifestado la justicia europea, cuando declara el derecho que tiene la trabajadora embarazada durante su permiso por maternidad “a acceder a un grado retributivo superior a la vez que un compañero varón que ha empezado a trabajar el mismo día, y no doce semanas después, por haber disfrutado del permiso por maternidad durante éstas”¹¹⁵².

En definitiva, a la vista de los pronunciamientos judiciales estudiados, se puede concluir que las situaciones derivadas de la maternidad (embarazo o lactancia fundamentalmente), repercuten en numerosas ocasiones de forma muy negativa sobre los derechos laborales y profesionales de las mujeres. El derecho a la no discriminación por razón de sexo, obliga a compensar estas “desventajas que el embarazo, al incidir de forma exclusiva sobre las mujeres a diferencia del hombre, pueden provocar en sus derechos económicos y profesionales”¹¹⁵³. Por ello, el hecho de que “las mujeres ejerzan los derechos que las normas les confieren respecto a la maternidad y el embarazo, no hace que sea posible que por ello reciban un trato desfavorable en cuanto al acceso al empleo ni en cuanto a sus condiciones de trabajo”¹¹⁵⁴.

¹¹⁴⁸ SSTJUE de 18/11/2004 Asunto Sass C-284/02 y de 16/02/2006 Asunto Sarkatzis C-294/04.

¹¹⁴⁹ Véase comentario sobre la STJUE de 16/02/2006 en MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Igualdad en las condiciones de trabajo y permiso por maternidad. Comentario a la STJCE de 16 de febrero de 2006”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 678, 2007, págs. 309-316.

¹¹⁵⁰ STJCE de 30/04/1998 Asunto *Thibault C-136/95*.

¹¹⁵¹ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; CEBRIÁN CARRILLO, A., “La maternidad y paternidad...”, op. cit., pág. 250.

¹¹⁵² GARRIGUES GIMÉNEZ, A.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; CEBRIÁN CARRILLO, A., “La maternidad y paternidad...”, op. cit., pág. 251, en comentarios sobre la STJCE de 13/02/1996 Asunto *Gillespie y otros C-342/93*.

¹¹⁵³ SERRANO GARCÍA, J.M., “La situación de discriminación...”, op. cit., pág. 151.

¹¹⁵⁴ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Igualdad en las condiciones...”, op. cit., pág. 313.

Queda patente que en numerosas ocasiones se han producido situaciones de discriminación directa por razón de sexo, basadas en la maternidad biológica. Situaciones que se producen cuando, durante la reincorporación, no se cumplen determinadas reglas que ayudan a garantizar que la misma se va a efectuar bajo condiciones similares o más ventajosas que las que tenía en origen. Sin embargo, estos fallos judiciales irán decayendo a medida que pase el tiempo, puesto que la nueva regulación del Real Decreto-ley 6/2019, equipara en derechos y obligaciones a ambos progenitores, por lo que, carecerá de sentido esta discriminación por razón de sexo, puesto que afectará a ambos trabajadores. Hablaríamos entonces de una discriminación por razón de condición o circunstancia personal, amparado por el art. 14 CE. Cuestión que iremos viendo, conforme se vayan produciendo los primeros fallos judiciales en torno a la nueva normativa.

Por último y al igual que sucede con otros derechos analizados en apartados anteriores los conflictos que pudieran surgir entre el empresario y los trabajadores con motivo de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se resolverán de acuerdo al art. 139 LRJS¹¹⁵⁵.

En cuanto a los efectos, la norma establece que el ejercicio de este derecho, puede comportar los siguientes efectos:

- a) El art. 14.3 LET, establece que las situaciones de nacimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia –entre otras situaciones– durante el periodo de prueba, interrumpe el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.
- b) Cuando el periodo de vacaciones fijado en el correspondiente calendario de la empresa coincida en el tiempo con el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.
- c) La sustitución de los trabajadores en esta situación por otros de carácter interino hasta su reincorporación se encuentra bonificada por la Ley.
- d) La norma pone de manifiesto que hay medidas específicas de protección de los trabajadores en esta situación frente al despido, que veremos en el epígrafe 3.6 de este *Capítulo*.

¹¹⁵⁵ Disposición adicional decimoctava LET.

3.5. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL DE UN MENOR DE NUEVES MESES¹¹⁵⁶

El art. 45.1.e) LET establece que el contrato se podrá suspender por las situaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses. Asimismo, el art. 48.8 LET regula los requisitos y características que deben reunir los progenitores y el menor, en su caso, para poder acceder a este tipo de suspensión del contrato de trabajo. Esta suspensión contractual se basa en el art. 26 LPRL que, recoge las medidas que se deben adoptar cuando un puesto de trabajo está ocupado por una mujer embarazada o en situación de lactancia natural¹¹⁵⁷. La suspensión finalizará cuando comience la suspensión de contrato por parto o el menor cumpla los nueve meses de edad. Asimismo, finalizará igualmente cuando desaparezcan las causas por las que no podía ocupar su puesto de trabajo u otro compatible con su estado biológico. El legislador permite así, concatenar las suspensiones temporales de los contratos por las situaciones de riesgo seguida por la maternidad biológica.

A los efectos de la prestación económica que se pudiera derivar durante la suspensión del contrato, se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁶ El art. 6 LCVFL introdujo el apartado 5 del art. 48 LET, haciendo referencia explícita al art. 26 LPRL, sobre protección de la maternidad y la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. Asimismo, la LOIMH introdujo en este apartado la situación de riesgo durante la lactancia natural, equiparándola en garantías al riesgo durante el embarazo. La última modificación de la LET en 2015, situó a esta modalidad suspensiva en el art. 48.8 LET.

¹¹⁵⁷ Medidas que ya se han abordado en el *Capítulo 2* de este estudio. A modo de resumen y para facilitar al lector la comprensión de este epígrafe, citamos las medidas. En primer lugar, el empresario –dentro de su deber de evaluación de los riesgos laborales (art. 16 LPRL) – está obligado a realizar una evaluación del puesto que ocupa la mujer, teniendo en cuenta el embarazo y la lactancia natural. Las medidas preventivas resultantes del proceso evaluativo deben establecer mecanismos para minimizar los riesgos a los que se encuentren expuestos y así reducir su posible impacto sobre la seguridad y salud de la mujer, todo ello teniendo en cuenta los principios de la acción preventiva contemplados en el art. 15 LPRL. En segundo lugar, si tras planificar e implantar las medidas preventivas se estima que las actividades que se realizan en el puesto de trabajo actual de la mujer no garantizan las condiciones mínimas de seguridad y salud, el legislador establece que el empresario deberá adaptar su puesto o tiempo de trabajo. En tercer lugar, si esta adaptación no pudiera realizarse o bien tras la adaptación no quede garantizada la salud de la mujer trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural, la empresa deberá cambiar a la trabajadora a un puesto de trabajo compatible con su estado biológico. Si el cambio de puesto no resultara técnica ni objetivamente posible, es decir que no hubiera ningún puesto que se adaptase a la mujer embarazada o en lactancia natural sin que pueda verse perjudicada su salud o la del feto, podrá declararse el paso de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, según el caso concreto. Es preciso aclarar que la normativa se refiere a riesgos que puedan influir, es decir, riesgos potenciales, refiriéndose a daños probables, no siendo necesario el daño efectivo y real en la mujer, en el feto o en el menor, según el caso concreto.

¹¹⁵⁸ Arts. 31.2 y 49.2 Real Decreto 295/2009.

Aunque ambos supuestos son similares en cuanto al origen, los requisitos y características que deben cumplirse difieren en aspectos concretos. Veamos los dos casos independientemente.

3.5.1. Suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo

Los titulares de esta suspensión son aquellas trabajadoras embarazadas que ocupan un puesto de trabajo con riesgos para la salud de la mujer o la del feto y los cuáles no han podido ser eliminados ni minimizados. Asimismo, de acuerdo al art. 26 LPRL tampoco se ha podido adaptar ni cambiar su puesto de trabajo por imposibilidad técnica u objetiva. Las causas por las que puede finalizar esta suspensión serán las siguientes:

- a) Desaparición del riesgo en el puesto de trabajo: pudiendo la trabajadora reincorporarse a su puesto de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba previo a la suspensión del contrato.
- b) Adaptación o cambio del puesto de trabajo: *a posteriori* se puede adaptar su puesto de trabajo o bien se le puede asignar otro puesto compatible con su estado biológico.
- c) Finalización del embarazo: se iniciaría entonces la suspensión del contrato por maternidad.
- d) Interrupción del embarazo.
- e) Fallecimiento de la trabajadora gestante.

3.5.2. Suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural

Las titulares de esta suspensión son aquellas trabajadoras en periodo de lactancia natural que ocupan un puesto de trabajo con riesgos para la salud de la mujer o la de su hijo –siempre debe ser menor de nueve meses de edad– y los cuáles no han podido ser eliminados ni minimizados. Asimismo, de acuerdo al art. 26 LPRL tampoco se ha podido adaptar ni cambiar su puesto de trabajo por imposibilidad técnica u objetiva. El *dies a quo* probablemente será el día en que la madre se reincorpore a su puesto de trabajo tras la suspensión por maternidad –o una fecha posterior cuando se detecte el riesgo para la lactancia natural– y el *dies ad quem* el del cumplimiento de los nueve meses del menor o la finalización de la lactancia natural.

En líneas generales las causas por las que puede finalizar esta suspensión serán las siguientes:

- a) Desaparición del riesgo en el puesto de trabajo: pudiendo la trabajadora reincorporarse a su puesto de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba previo a la suspensión del contrato.

- b) Adaptación o cambio del puesto de trabajo: *a posteriori* se puede adaptar su puesto de trabajo o bien se le puede asignar otro puesto compatible con su estado biológico.
- c) Por la finalización de la lactancia natural o cuando el menor cumpla nueve meses de edad.

Por último y debido a su importancia y trascendencia, para las cuestiones relacionadas con las situaciones de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, nos remitimos al *Capítulo 2* de este estudio, dedicado a la acción preventiva y protectora de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo. Asimismo, las características de las prestaciones económicas de la Seguridad Social que pudieran derivarse de estas contingencias, se detallan en profundidad en el *Capítulo 4* de este estudio, sobre la tutela prestacional de la trabajadora embarazada o en período de lactancia natural.

3.6. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: LAS GARANTÍAS REFORZADAS PARA LA PROTECCIÓN LABORAL DE LAS TRABAJADORAS DURANTE LAS SITUACIONES RELACIONADAS CON LA MATERNIDAD

La extinción de la relación laboral por causas no imputables al trabajador, probablemente sea la situación más difícil a la que deba enfrentarse un profesional a lo largo de su vida laboral, “de hecho, el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye probablemente el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales”¹¹⁵⁹. Para evitar que estas situaciones afecten negativamente a la conciliación real de la vida personal, familiar y laboral, el legislador ha tenido especial consideración con los casos relacionados con la maternidad, estableciendo garantías de protección adicional dirigidas a los trabajadores en situación de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, lactancia, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia; durante estos periodos y situaciones, opera un “blindaje especial” del contrato de trabajo¹¹⁶⁰.

En este apartado, analizamos la extinción del contrato por causas objetivas, centrándonos en los efectos que genera el despido de trabajadores que se encuentran en situaciones relacionadas con el nacimiento biológico o la adopción de hijos. Asimismo, estudiamos las causas y los efectos de los despidos disciplinarios y como el

¹¹⁵⁹ STSJ de Andalucía de 12/09/2012.

¹¹⁶⁰ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; VELASCO PORTERO, T.; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Igualdad y conciliación...”, op. cit., pág. 213.

legislador protege a determinados colectivos de trabajadores, declarando la nulidad del despido en supuestos muy concretos relacionados igualmente con los nacimientos biológicos o la adopción de hijos.

En la normativa europea, el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, determina que debe estar prohibido el despido de las trabajadoras embarazadas, durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado, admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. Asimismo, en este supuesto, el empresario deberá justificar motivadamente y por escrito las causas del despido. Se establecerán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras contra las consecuencias de un despido que sería ilegal¹¹⁶¹. Esta medida la planteó el legislador europeo con el objetivo inicial de hacer frente al “riesgo de que un posible despido crea respecto a la situación física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitarlas a interrumpir voluntariamente el embarazo”¹¹⁶².

En aplicación de esta normativa, la STJUE de 04/10/2001, Asunto C-438/1999 *Jiménez Melgar*, estableció que: 1) el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE produce efecto directo; 2) la Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de elaborar una lista especial de las causas de despido que, por vía de excepción, se admitirán respecto a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia; 3) el art. 10 se aplica a todo tipo de contrato de trabajo, tanto por tiempo indefinido como por un contrato de duración determinada; y 4) la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede equipararse a un despido, salvo que esté motivado por el embarazo¹¹⁶³ ¹¹⁶⁴. Sobre esta última inaplicación, algunos autores consideran que la Directiva presenta determinados fallos que pueden plantear problemas de interpretación, dejando sin resolver cuestiones de gran importancia¹¹⁶⁵.

¹¹⁶¹ En la exposición de motivos de la LCVFL se detallan los contenidos que se incorporaron a la legislación española a través de esta norma y que recogen las directrices básicas de la Directiva del Consejo 92/85/CEE. Se cita: “se declara expresamente nula la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros, por el embarazo, la solicitud o disfrute de los permisos por maternidad...”.

¹¹⁶² STJCE de 04/10/2001, *Asunto Tele Danmark C-109/2000*.

¹¹⁶³ Ya se registraron casos en la justicia europea previos a la aprobación de la Directiva 92/85/CEE. El ejemplo lo tenemos en la STJUE de 14/07/1994, Caso Webb, C-32/93, ya afirmaba que la prohibición de despido contenida en el artículo 10 de la Directiva de Maternidad previene el riesgo que un posible despido supone para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo.

¹¹⁶⁴ Sobre los pronunciamientos del TJUE, véase LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., págs. 352 y ss.

¹¹⁶⁵ Por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Protección antidiscriminatoria...”, op. cit., pág. 21; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La no renovación del contrato por razón de embarazo. Discrepancias interpretativas del TC

A nivel internacional, no podemos olvidar que el Convenio núm. 158 de la OIT (22/06/1982): “Sobre la terminación de la relación de trabajo”, determina en su art. 5 que entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, se encuentra la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad¹¹⁶⁶. Igualmente, el art. 8 del Convenio núm. 156 de la OIT (23/06/1981): “Sobre los trabajadores con responsabilidades familiares”, determina que “la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo¹¹⁶⁷. Por último, el Convenio núm. 103 de la OIT “Relativo a la protección de la maternidad”, establece en su art. 6 que, cuando una mujer se ausente de su trabajo para el disfrute del permiso por maternidad, “será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia”.

La doctrina y la jurisprudencia, en su mayoría, han venido vinculando los despidos durante las situaciones relacionadas con la maternidad con casos de discriminación directa por razón de sexo, en conexión con una vulneración del art. 14 CE. Los motivos son los siguientes: 1) el embarazo y la lactancia natural son situaciones que afectan únicamente a la mujer por su condición biológica; y 2) la mujer gestante o adoptante es el progenitor que en mayor medida hace uso de los derechos relacionados con el nacimiento de hijos y sus cuidados, en detrimento del otro progenitor^{1168 1169}.

3.6.1. El despido de la trabajadora ante la presencia de causas objetivas y disciplinarias

La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas se regula en el art. 52 LET, clasificando las causas en cuatro apartados en función de las circunstancias que concurran en cada caso¹¹⁷⁰. La última modificación de este precepto, se produjo de

y del TJCE (comentario a las SSTJCE, *Tele Danmark* y *Jiménez Melgar*, de 4 de octubre de 2001)”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2002, pág. 867.

¹¹⁶⁶ Convenio ratificado por España el 29/06/1985, entrando en vigor el 26/04/1986.

¹¹⁶⁷ Convenio ratificado por España el 11/09/1985, entrando en vigor el 11/09/1986.

¹¹⁶⁸ GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Los derechos de conciliación...”, op. cit., pág. 37.

¹¹⁶⁹ Tras la aprobación del Real Decreto-ley 6/2019, habrá que evaluar a medio o largo plazo, si las modificaciones normativas han supuesto un cambio de tendencia en el uso de estos permisos por parte del otro progenitor.

¹¹⁷⁰ Las causas son: a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa; b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables; c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo; y e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales.

acuerdo a la Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el artículo 52.d) LET¹¹⁷¹. Se trataba de la supresión del apartado por el que debido a “faltas de asistencia al trabajo” se justificaba una extinción del contrato por causas objetivas.

En lo que afecta a este estudio, aunque el legislador hubiera mantenido íntegro el art. 52.d) LET, la norma planteaba una serie de garantías adicionales para los trabajadores que se encontraran en situaciones relacionadas con la maternidad, no computándose las faltas de asistencia al trabajo a los efectos de la extinción del contrato por causas objetivas. En cuanto al número de faltas de asistencia, los límites se basaron en la modificación que se realizó por la Ley 3/2012, que establecía que el mínimo de faltas que debían producirse para que el empresario pudiera ejecutar un despido por causas objetivas, era el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos. Sin embargo, para que pudiera aplicarse esta penalización, la norma establecía que se debían cumplir al mismo tiempo uno de los dos siguientes requisitos: 1) que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores fuera al menos del cinco por ciento de las jornadas hábiles; o bien, 2) que este porcentaje fuera del veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. Asimismo, en el derogado art. 52. d) LET, el legislador contemplaba varias excepciones, que servían como herramienta garantista, determinando que no se tenían en cuenta como faltas de asistencia, las ausencias que se debieran –entre otras causas– a la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia¹¹⁷².

Sobre el despido disciplinario, que se regula en los arts. 54 y 55 LET, se establece que los incumplimientos graves y culpables del trabajador, pueden originar que el empresario decida extinguir el contrato de trabajo basado en motivos disciplinarios. Estos incumplimientos se encuentran tipificados en el art. 54.2 LET¹¹⁷³.

¹¹⁷¹ Esta norma estuvo motivada por las SSTJUE de 18/01/2018 Asunto C-270/16 *Ruiz Conejero* y de 11/09/2019 Asunto C-397/18 *Nobel Plastiques Ibérica* y la STC núm. 118/2019, de 16/10/2019.

¹¹⁷² Es interesante repasar la evolución normativa de este apartado que, en su origen, establecía que las ausencias debidas a maternidad –entre otras causas– no se tendrían en cuenta al objeto de la determinación de la extinción del contrato por faltas de asistencia al trabajo –despido por causas objetivas–. Este párrafo únicamente contenía referencia a la maternidad, evitando mencionar otros aspectos de la mujer embarazada o en puerperio. Tras la entrada en vigor de la LCVFL, se añadieron las causas de “riesgo durante el embarazo” y “las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia”, como motivos por los cuáles igualmente no se podría extinguir el contrato de trabajo por faltas de asistencia originadas por estas causas. Por último, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, incorporó “el riesgo durante la lactancia” como nueva causa por la que no podría ejecutarse un despido por faltas de asistencia al trabajo por este motivo.

¹¹⁷³ “Se considerarán incumplimientos contractuales: a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo; c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos; d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo; e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo; y g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”.

En cuanto a los efectos del despido objetivo y del despido disciplinario, debemos acudir a los arts. 53 y 55 LET, respectivamente¹¹⁷⁴. La evolución normativa de estos preceptos es muy similar a la que se ha producido en otros similares que contienen derechos relacionados con la maternidad, ampliándose progresivamente la casuística e introduciendo garantías adicionales para la protección laboral de la maternidad y la lactancia¹¹⁷⁵. Así, la LCVFL y la LOIMH, han sido las principales normas que han modificado estos preceptos, sin perjuicio de la Ley 35/2010 y la Ley 3/2012, que prácticamente han dado el redactado vigente al precepto en cuestión¹¹⁷⁶. Sobre la LCVFL conviene recordar que, “introdujo en nuestro ordenamiento jurídico laboral una nueva categoría de despidos nulos, como medida de máxima eficacia para lograr la adecuada protección de los trabajadores y trabajadoras en situación de ejercer alguno de los derechos reconocidos en esa Ley para conciliar la vida familiar y laboral. Categoría distinta a la de los despidos nulos existentes hasta entonces, determinados por obedecer a un móvil discriminatorio o producirse con violación de los derechos fundamentales o libertades públicas del despido”¹¹⁷⁷.

En cuanto a la reforma de 2019, destacamos la ampliación del periodo de garantía desde los nueve, hasta los doce meses y el cambio, tanto en la redacción como en otros aspectos, al objeto de que haya concordancia entre la modificación del art. 48.4 LET y los preceptos relacionados con la extinción del contrato por causas objetivas o disciplinarias.

¹¹⁷⁴ Sobre el redactado actual del art. 55 LET, la reforma de la LCVFL se hizo al objeto de acabar con una realidad social: la expulsión del mercado de la trabajadora embarazada y para ello decide garantizarle la permanencia en el empleo por razón de su estado, fuera éste conocido o no por el empresario, a no ser que la decisión extintiva adoptada por su patrón encontrara justificación legal (STSJ de Andalucía de 08/07/2010).

¹¹⁷⁵ Véase CÁMARA BOTÍA, A., “El despido y la conciliación de la vida familiar y laboral”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 133, 2017, págs. 277 y ss.

¹¹⁷⁶ En un primer momento, el legislador, no incluyó en el texto primitivo referencia alguna sobre el despido por causas objetivas de trabajadoras en situación de maternidad o parto reciente. La primera modificación, vino de la mano de la LCVFL, que introdujo importantes modificaciones en el articulado anterior, haciendo referencias explícitas a las situaciones relacionadas con la maternidad. Así, el art. 7.2 LCVFL, modificó el art. 53.4 LET, introduciendo cuatro supuestos en los que puede ser nula la decisión de extinguir el contrato de trabajo en función de las causas que la puedan originar: maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento. En este sentido, la LOIMH amplió en dos supuestos adicionales: riesgo durante la lactancia natural y enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural. La disposición adicional 11.2 de esta norma de 2007, le ha otorgado el redactado vigente a este párrafo, que incluyó igualmente el permiso por “paternidad” como causa por la que podría declararse el despido como nulo en el caso que se ejecutara. La reforma de la LET de 2015, introdujo pequeñas modificaciones, centradas en mejoras en la redacción final del texto; introducción del supuesto de guarda con fines de adopción y reenumeración de los preceptos que se citan en el art. 53.4 LET. Por último, la modificación operada por el Real Decreto-ley 6/2019, se centró (en lo que respecta a nuestro estudio) en la sustitución de los términos “maternidad” y “paternidad” por “nacimiento”; y el de “trabajadores”, por “personas trabajadoras”. Asimismo, amplió a doce meses desde la fecha de nacimiento, el periodo durante el cual, un despido sería nulo si el trabajador se encontrara en determinadas situaciones relacionadas con el alumbramiento y el cuidado de hijos. Para finalizar, con relación al despido, el Real Decreto-ley 6/2019 determinó que, “para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”.

¹¹⁷⁷ STSJ del País Vasco de 05/02/2019.

3.6.1.1. Garantías de nulidad del despido: el criterio de la temporalidad

Los efectos del despido objetivo y del despido disciplinario, son prácticamente idénticos, en lo que se refiere a la protección de las situaciones relacionadas con la maternidad. El nexo común a estas consecuencias es el factor temporal, que determina si un despido se ajusta a derecho, o si por el contrario puede declararse nulo. Así, inicialmente se declarará la nulidad del despido cuando el mismo se produzca bajo las siguientes circunstancias (denominada nulidad por discriminación):

- a) Por las causas de discriminación que estén prohibidas por la CE o la Ley, fundamentalmente el art. 14 CE.
- b) Por violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador¹¹⁷⁸.

Asimismo, el legislador ha incorporado una relación de supuestos que, a priori, podrían declarar el despido nulo en los siguientes intervalos de tiempo:

- a) Durante el periodo de suspensión del contrato por causas relacionadas con el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, causas establecidas en el art. 45.1.d) LET.
- b) Durante el periodo de suspensión del contrato por causas relacionadas con la presencia de riesgos laborales que impidan que la trabajadora desarrolle su trabajo en condiciones óptimas de seguridad y salud (última medida que establece el art. 26 LPRL). Nos referimos a la suspensión por riesgo durante el embarazo y a la suspensión por riesgo durante la lactancia natural, ambas se establecen como causas suspensivas en el art. 45.1.e) LET.
- c) Durante el periodo de suspensión del contrato por la aparición de enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural.

La jurisprudencia de la UE –siguiendo el literal del art. 10– considera ilegal los despidos objetivos por falta de asistencia durante el embarazo relacionados con problemas de salud. Así, la STJCE de 30/06/1998 *Asunto Brown C-394/96*, declara que “el despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo”, es contrario a la norma comunitaria, lo que supone una discriminación directa basada en el sexo. Y todo ello con independencia de la existencia de una “cláusula contractual que permita al empresario despedir a los trabajadores, independientemente de su sexo, después de un número determinado

¹¹⁷⁸ Por ejemplo, la STSJ de La Rioja de 04/03/2021, declara nulo el despido de una trabajadora con un contrato temporal (con promesa de indefinido) por comunicar a la empresa su embarazo. El fallo determina vulneración de los derechos fundamentales.

de semanas de ausencia continuada”, cláusula que se describe en la sentencia en cuestión¹¹⁷⁹.

- d)** Igualmente será declarada la nulidad del despido, si la comunicación escrita al trabajador indicándole las causas de la extinción contractual se notifica en una fecha, tal que el plazo de preaviso concedido –de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo– finalice dentro del periodo de suspensión contractual por las causas enumeradas en los párrafos a), b) y c) anteriores.

La jurisprudencia europea, a través de la STJCE de 11/10/2007 *Asunto Paquay C-460/06*, declara que “se prohíbe no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el período de protección (...), sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho período”, careciendo de importancia el hecho de que tal decisión de despido se notifique una vez finalizado el período de protección^{1180 1181}.

- e)** Desde la fecha del inicio del embarazo hasta la fecha de la suspensión del contrato por las causas enumeradas en los párrafos a), b) y c) anteriores¹¹⁸².
- f)** Durante el disfrute de los siguientes permisos: 1) permiso para el cuidado del lactante; y 2) permiso por nacimiento de hijo prematuro o que deba estar hospitalizado, por cualquier casusa, a continuación del parto (art. 37 LET, apartados 4 y 5)^{1183 1184}. Esta garantía se extiende desde el momento en el que el trabajador haya solicitado uno de estos permisos, hasta su finalización.
- g)** Después de haberse reintegrado al trabajo, tras la finalización de los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o

¹¹⁷⁹ Mismo argumento se declara en la STJUE de 11/11/2010 *Asunto Dita Danosa C-232/09*, aplicado a los miembros del consejo de dirección de una sociedad de capital. En el caso, se declaró que estos empleados son considerados igualmente “trabajadores” a efectos de la Directiva 92/85.

¹¹⁸⁰ En el caso, quedó probado que la empresa demandada buscaba, durante el periodo de descanso por maternidad de la denunciante, una sustituta que se incorporaría a trabajar en la fecha en que finalizaba el periodo de maternidad de la principal. En este sentido, la empresa publicó en prensa oferta de empleo en este sentido.

¹¹⁸¹ Sobre esta sentencia, véase TAPIA HERMIDA, A., “La adopción de la decisión de despedir a una trabajadora a causa del embarazo o nacimiento de un hijo (comentario a la STJCE, Sala Tercera, de 11 de octubre de 2007, asunto C-460/06, Nadie Paquay contra Societé d’architectes Hoet + Minne SPRL)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 304, 2008, págs. 97-118.

¹¹⁸² Modificación introducida por la LCVFL.

¹¹⁸³ Modificación introducida por la LCVFL.

¹¹⁸⁴ A estos dos permisos, el legislador incluye dos medidas que van dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral: 1) la reducción de jornada por razones de guarda legal, para aquellos trabajadores que tengan a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida (art. 37.6 LET); y 2) el periodo de excedencia, de duración no superior a tres años, a la que los trabajadores tienen derecho, para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa (art. 46.3 LET).

acogimiento (art. 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento¹¹⁸⁵. El legislador ha establecido un periodo de tiempo durante el cual, la extinción de la relación laboral con el trabajador se califica como despido nulo. Esta garantía se limita a los supuestos relacionados con el nacimiento biológico o situaciones por afiliación adoptiva, descartando las dos situaciones reguladas en el art. 26 LPRL y la suspensión por enfermedades causadas por el embarazo, el parto o la lactancia natural. Es decir, cuando finalice la suspensión por alguna de estas causas, en el caso que se produjera el despido de la trabajadora, éste no sería declarado nulo, aun cuando tuviese lugar en los doce meses posteriores a la suspensión, salvo que se encuentren en otra contingencia diferente. Sin embargo, si finaliza la suspensión del contrato por desaparecer el riesgo durante el embarazo, la trabajadora en el supuesto de que continuase con el embarazo, estaría protegida al amparo del art. 53.4.b) LET. En el caso de que se produzca la interrupción del embarazo tras la suspensión del contrato por riesgo durante el mismo y no se haya producido el parto, el posible despido de la trabajadora dentro de los doce meses siguientes, podría no ser considerado como nulo.

Sobre este límite temporal, se ha establecido por los tribunales ordinarios “una cierta flexibilidad” en el cómputo temporal. Así, la STSJ del País Vasco de 05/02/2019, falla a favor de una trabajadora, estimando la nulidad de su despido que sucede cuando habían transcurrido nueve meses y ocho días. Afirma el TSJ que nos encontramos ante un “indicio de discriminación por razón de sexo”. La protección que se blindaba en la LET a las trabajadoras después del parto es de 9 meses (ahora se ha ampliado a 12) y, por tanto, como tan solo han pasado 8 días más, la carga probatoria se invierte. En este sentido, la empresa no alegó más que un bajo rendimiento de la empleada, pero no facilitó ninguna justificación objetiva y razonable y sólo se excusaba afirmando que su trabajo era difícilmente medible¹¹⁸⁶.

Por tanto, como norma general, el origen del despido nunca puede estar motivado por causas relacionadas con el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados; en caso contrario, será declarado nulo “debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio”. Sin embargo, el legislador introduce una excepción a esta norma general, relacionada con la motivación del despido. En el supuesto que, a pesar de que el trabajador se encuentre en una de las situaciones o periodos a los que

¹¹⁸⁵ Esta mejora fue introducida por la LOIMH y mejorada por el Real Decreto-ley 6/2019, que amplió este periodo, de los nueve a los doce meses actuales.

¹¹⁸⁶ Véase DIARIO LA LEY, “Despido nulo de trabajadora a los 9 meses y 8 días del parto”, núm. 9.469, Sección Jurisprudencia, 3 de septiembre de 2019, Wolters Kluwer.

hacemos referencia, se demuestre que el despido no está motivado por causas relacionadas con las citadas, el mismo será declarado procedente. Sobre las excepciones a la prohibición de despido que plantea el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, no se impone a los Estados miembros la obligación de elaborar una lista especial de las causas de despido que puedan admitirse por vía de excepción; pero tampoco excluye la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección de tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas¹¹⁸⁷. A tal efecto, “deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”¹¹⁸⁸. En este sentido, la empresa debe probar que su decisión obedece a motivos razonables y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo¹¹⁸⁹. Por ello, entre otras medidas, es muy recomendable que en la comunicación de la extinción contractual se acredite que el despido no está motivado por la situación personal del trabajador¹¹⁹⁰.

Por tanto, podrá ser declarado procedente cuando se extinga su contrato por justa causa debidamente acreditada y comunicada: por ejemplo, por finalización del contrato temporal, o por haber cometido una infracción grave y culpable. Sin embargo, si no existe o no se acredita esta causa, el despido no puede ser declarado improcedente, sino que necesariamente debe ser declarado nulo. La declaración de improcedencia excluye la de procedencia y, por ende, en aplicación del art. 55.5 b) LET, no hay más solución correcta que declarar el despido nulo¹¹⁹¹. Ante esta imposibilidad de improcedencia, no es factible válidamente pactar sobre una base ilegal del reconocimiento unilateral de la improcedencia del despido efectuado por la empresa¹¹⁹². En el mismo sentido se manifiesta la STS de 23/12/2014, en cuanto se produce la vulneración del art. 55.5 c) LET, declarando nulo el despido de una trabajadora efectuado tras reincorporarse a su puesto de trabajo y cuando aún no había transcurrido el lapso de (nueve meses)¹¹⁹³ desde la fecha del nacimiento del hijo¹¹⁹⁴. Para el resto de supuestos, se considerará despido procedente cuando se

¹¹⁸⁷ GÓMEZ CABALLERO, P., “La seguridad y salud...”, op. cit. pág. 190, en referencia a la STJCE de 04/10/2001 *Asunto Jiménez Melgar C-438/99*.

¹¹⁸⁸ Referido a la extinción del contrato por causas objetivas. Párrafo que viene a reforzar esta garantía, introducido por el Real Decreto-ley 6/2019.

¹¹⁸⁹ STSJ de Galicia de 23/10/2009.

¹¹⁹⁰ CEGARRA CERVANTES, F.J., “Despido nulo ante la previsión de embarazo. STSJ Comunidad de Madrid 17 julio 2015”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, 2016, pág. 368.

¹¹⁹¹ STS de 20/01/2015.

¹¹⁹² STS de 19/04/2018.

¹¹⁹³ Doce meses tras la modificación efectuada por el Real Decreto-ley 6/2019.

¹¹⁹⁴ Idéntico fallo dicta la STS de 06/07/2012. Se pronuncia en la misma línea la STSJ de Andalucía de 08/03/2017, sobre el despido mediante ERE de una trabajadora que había disfrutado de su baja por

acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubiesen cumplido los requisitos de formalidad para la extinción por causas objetivas (art. 53.1 LET)¹¹⁹⁵.

3.6.1.2. El conocimiento del embarazo por parte de la empresa

La finalidad protectora de la LET es proporcionar a los trabajadores que se encuentren en determinadas situaciones relacionadas con el embarazo, nacimiento y cuidado de hijos, una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándolos de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental, eximiendo, por ejemplo, a la trabajadora de probar que la empresa tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener –legítimamente– preservado del conocimiento ajeno.

Inicialmente, la jurisprudencia establecía que el empresario debía tener el conocimiento del embarazo para que, en el supuesto de un despido, se pudiera alegar un posible trato discriminatorio¹¹⁹⁶. No se exigía la comunicación del estado de embarazo al empresario –por parte de la trabajadora–, sino que bastaba con que éste tuviera conocimiento del mismo¹¹⁹⁷, bien porque fuera apreciable a simple vista por el evidente aumento del abdomen o bien porque fuera conocido en el centro de trabajo¹¹⁹⁸. Es decir, el empresario debía conocer el embarazo de la trabajadora para poder declarar el despido nulo, en caso de que se produzca el mismo, hecho que no implica necesariamente la obligación de la mujer de comunicarlo al empresario. La STS de 12/03/2008, establece que “el presupuesto para que un despido sea discriminatorio, es decir, causado o motivado por el embarazo de una trabajadora, es el conocimiento de dicho estado de gestación por parte del empresario que despide”.

maternidad y tras la cual no había transcurrido el periodo de protección de 9 meses desde la fecha de nacimiento.

¹¹⁹⁵ El citado apartado 1 establece que la empresa deberá cumplir, para la válida adopción del acuerdo de extinción del contrato por causas objetivas los siguientes requisitos: a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa; b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades; c) Concesión de un plazo de preaviso de 15 días computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

¹¹⁹⁶ STS de 26/02/2004, STS de 24/07/2007, STSJ de Andalucía de 08/01/2003, STSJ de Cataluña de 20/07/2007. Sobre la STS de 24/07/2007, véase comentario de RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción «iuris et de iure» del móvil discriminatorio ¿en todo caso?”, *Temas Laborales*, núm. 96, 2008, págs. 229-240.

¹¹⁹⁷ STS de 19/07/2006.

¹¹⁹⁸ STC 17/2003 de 30/01/2003.

Sin embargo, esta corriente jurisprudencial deja de tener efecto a raíz de la STS de 17/10/2008, en la que se produjo un cambio de doctrina respecto a las SSTS ya citadas. Cambio de rumbo originado por la STC 92/2008¹¹⁹⁹. A partir de este pronunciamiento judicial, se produce un cambio drástico en la jurisprudencia del TS, en la que se estima que la declaración de nulidad del despido de una trabajadora embarazada no precisa el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario. Desvincula el deber de comunicación –que se establece en la Directiva 92/85/CEE como requisito para la activación de los derechos y garantías previstos en la misma–, con las exigencias en la aplicación del art. 55.5 b) LET, sobre despidos discriminatorios. Es decir, que el deber de comunicación sea un requisito de la Directiva 92/85/CEE para que se produzca la activación de los derechos y garantías previstos en esa norma, no implica que deba exigirse esta idéntica condición en la aplicación del art. 55.5 b) LET¹²⁰⁰.

3.6.1.3. El despido durante el disfrute del permiso para el cuidado del lactante

Con relación a la lactancia y cuidado del hijo, como regla general al igual que sucede durante la suspensión del contrato por nacimiento, el despido de los trabajadores durante el periodo del disfrute del permiso para el cuidado del lactante, será calificado como nulo con independencia de que sea una extinción por causas objetivas o disciplinarias. No obstante, el empleador puede ejercer su facultad de despido en base a las causas del art. 49 LET, con independencia de que el trabajador se encuentre disfrutando de este permiso; y no será declarado nulo siempre que se verifique la procedencia del despido en base al art. 55.5 LET, por lo que, no será necesario que la empresa se espere a la finalización del permiso para ejercer su facultad de despido¹²⁰¹. Así, este poder empresarial estará limitado en base a los requisitos que contiene el art. 55.5 LET y si, por ejemplo, no se acreditan los hechos

¹¹⁹⁹ FABREGAT MONFORT, G., en “El embarazo en el Derecho del Trabajo: la nueva tutela jurídica en el despido de la trabajadora embarazada”, *Derecho Social*, núm. 48, 2009, págs. 167-169, mantiene una postura radicalmente opuesta, estimando que a raíz de la STC 92/2008 y STC 124/2009 (sentencia que comenta en su artículo), no se ha producido un cambio en la doctrina constitucional, sino que se ha originado un cambio legal como consecuencia de la modificación del art. 55 LET –donde expresamente consta la nulidad del despido de la trabajadora embarazada– que ha propiciado el cambio jurisprudencial que se ha producido en el TS y TC. En este sentido, afirma que se trata de proteger el embarazo sin más, sin necesidad de que exista intencionalidad, mala fe, voluntad de daño, etc. adquiriendo el embarazo y la maternidad autonomía por mandato legal.

¹²⁰⁰ Comparten la misma doctrina las SSTS de 16/01/2009; 17/03/2009; 13/04/2009; 30/04/2009; 06/05/2009; 18/04/2011; 31/10/2013, 28/11/2017. Las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes comunidades autónomas siguieron la misma senda, entre otros: STSJ de Castilla La Mancha de 06/04/2009; STSJ de las Islas Canarias de 07/06/2011; STSJ de Cataluña de 13/07/2011; STSJ de Madrid de 22/12/2011; STSJ de Andalucía de 19/04/2012; STSJ de las Islas Canarias de 18/12/2012; STSJ de Aragón de 14/01/2014; STSJ de Madrid de 14/02/2014; STSJ de las Islas Canarias de 15/01/2015. Sobre la STS de 06/05/2009, véase comentario de RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada: un límite al poder de dirección empresarial...¿con efectos perversos?”, *Temas Laborales* núm. 103/2010, págs. 209-218.

¹²⁰¹ POQUET CATALÁ, R., “El permiso por lactancia en las últimas reformas laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2014. Citando la STSJ de La Rioja de 29/06/2006.

imputados en la carta de despido de un trabajador el último día del disfrute del permiso para el cuidado del lactante, su despido es nulo por no haber transcurrido el plazo de doce meses desde el nacimiento del hijo¹²⁰². Así, la STSJ de Andalucía de 31/05/2012, califica como despido nulo el de una trabajadora que se encontraba disfrutando de una reducción de dos horas diarias para ejercer su derecho a la lactancia, determinando que no cabe duda de esta nulidad, con independencia de que la empresa tuviese conocimiento o no de la situación de embarazo de la misma.

Sin embargo, el despido puede ser declarado procedente y no nulo por los siguientes motivos:

- a)** Si el despido tiene como origen una causa no relacionada directamente con el permiso para el cuidado del lactante. Por ejemplo, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción por pérdida o disminución del volumen de una contrata (STSJ de Cataluña de 24/04/2013). En este sentido, la STS de 31/01/2013 determina que para que estas causas se consideren justificadas, el empresario ha de acreditar que la decisión extintiva contribuye a la superación de “situaciones económicas negativas” o “dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa a través de una mejor organización de los recursos”¹²⁰³.

En cambio, si el empleador justifica las causas económicas con un descenso de la facturación de la empresa, que implica una necesidad de reducir la plantilla, pero que, sin embargo, no queda acreditado que la supresión del puesto de trabajo de la mujer es inexcusable –porque tras la reducción de plantilla permanezcan otros trabajadores con la misma categoría profesional que la de la trabajadora despedida–, el despido será declarado igualmente nulo¹²⁰⁴.

- b)** Si queda demostrado el uso del permiso para el cuidado del lactante para finalidad distinta a la prevista. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 29/09/2000, considera el comportamiento de la trabajadora como una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, declarando procedente su despido por dedicar el tiempo de permiso de lactancia a distinta finalidad.

¹²⁰² STSJ de las Islas Canarias de 23/10/2013.

¹²⁰³ Son numerosos los pronunciamientos judiciales que aceptan esta hipótesis, tanto del TS –entre otras sentencias: 14/06/1996; 07/06/2007; 31/01/2008; 12/12/2008; 16/09/2009; 16/05/2011; 08/07/2011– como de los TTSSJ –entre otras, las más recientes: SSTSJ de Cataluña (24/04/2013; 13/02/2014; 16/06/2014; 19/12/2014; 24/02/2015); SSTJ de Madrid (20/02/2013; 28/04/2014; 29/09/2014; 24/06/2015); SSTSJ de las Islas Canarias (30/04/2012; 24/01/2014; 29/04/2014; 22/05/2014; 27/06/2014); SSTSJ de Asturias (04/10/2013; 20/02/2015); SSTSJ de Andalucía (18/10/2012; 03/04/2014); STSJ de Galicia de 05/10/2012; STJ de Castilla y León de 17/07/2013); STSJ de Cantabria de 03/06/2014; STSJ de Murcia de 15/07/2013; STSJ de Extremadura de 26/09/2013; STSJ del País Vasco de 13/12/2011; STSJ de Castilla La Mancha de 02/05/2013; STSJ de La Rioja de 28/05/2015.

¹²⁰⁴ STSJ de Cantabria de 21/07/2014.

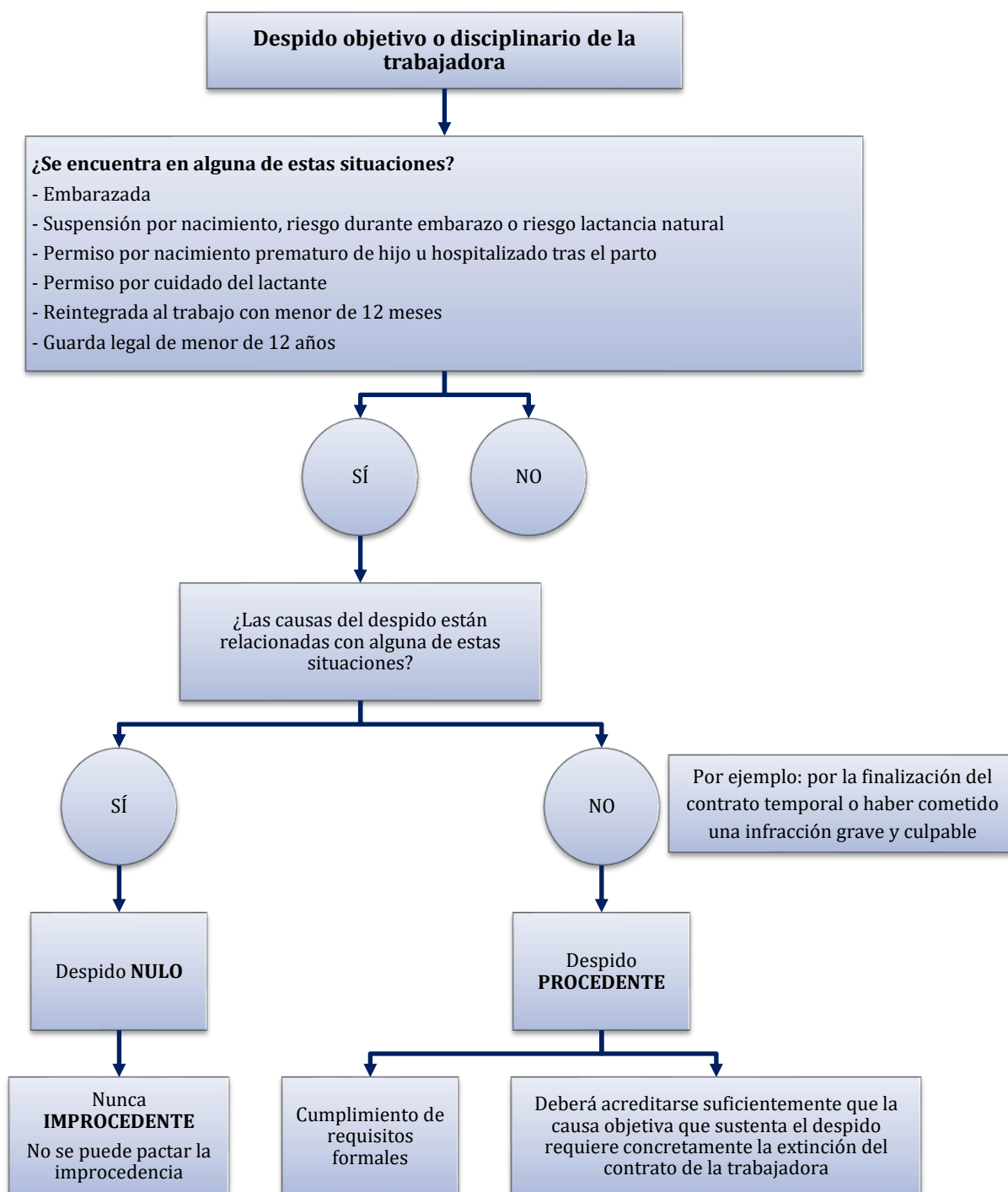


FIGURA 3.5. Esquema general sobre las garantías de nulidad del despido.

3.6.1.4. El despido durante las situaciones relacionadas con la previsión de embarazo y técnicas de reproducción asistida

Es interesante detenernos en la problemática que se plantea cuando el despido no se produce por ninguna de las causas contempladas en los arts. 53.4 y 55.5 LET y que sin embargo guarda relación directa con una posible situación de maternidad. Nos referimos a las situaciones en las que las trabajadoras se sometan –o vayan a

someterse– a tratamientos de fertilidad (técnicas de reproducción asistida) que, si bien no es una situación que se encuentre dentro de los supuestos de protección objetiva, los tribunales están estimando la nulidad de los despidos de las trabajadoras que se encuentran en estas vicisitudes, siempre que la empresa no acredite que el motivo de la extinción no está relacionado con el embarazo¹²⁰⁵. El despido no resulta ser nulo como consecuencia del embarazo, sino que lo es por incurrir en una discriminación por razón de sexo, puesto que esta situación solo puede afectar al sexo femenino. Esta argumentación es defendida entre otras por la STSJ de Madrid de 17/07/2015 en la que se estima que “la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias de la empresa evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado”. El hecho relevante de este pronunciamiento judicial se halla en que la mujer no está embarazada, ni en situación de lactancia, ni ha comenzado su tratamiento de fertilidad; sino al contrario, tiene pensado comenzar el tratamiento en próximas fechas, dato que conocía la empresa. Además, ya había iniciado un tratamiento anterior similar que derivó en un embarazo, el cual no llegó a buen término, produciéndose un aborto, situación en la que se encontraba la trabajadora en el momento del despido, no encontrándose en una incapacidad temporal¹²⁰⁶. Por tanto, entendemos que esta sentencia amplifica la protección que hasta el momento otorgaba el TC, entre otras en su sentencia 17/2007 de 12/02/2007¹²⁰⁷.

Como decíamos, el despido sería nulo por incurrir en una discriminación por razón de sexo, argumento igualmente defendido por la jurisprudencia europea, en la que se afirma que “una punción folicular y la transferencia al útero de la mujer de los óvulos extraídos de esta punción inmediatamente después de su fecundación, sólo afectan directamente a las mujeres. De ello se sigue que el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a esta etapa esencial de un tratamiento de fecundación *in vitro* constituye una discriminación directa basada en el sexo”¹²⁰⁸.

La jurisprudencia del TS sigue esta misma tendencia, fallando en su sentencia de 04/04/2017 la nulidad del despido de una trabajadora que había iniciado un ciclo de

¹²⁰⁵ La *Sociedad Española de Fertilidad* engloba dentro de las técnicas de reproducción asistida: 1) inseminación artificial; 2) fecundación *in vitro*; y 3) microinyección espermática (una variedad de la anterior).

¹²⁰⁶ Similar argumento plantea la STSJ de Cataluña de 19/11/2015.

¹²⁰⁷ CEGARRA CERVANTES, F.J., “Despido nulo...”, op. cit. pág. 369.

¹²⁰⁸ STJUE de 26/02/2018 Asunto C-506/06 *Sabine Mayr*.

fertilidad de reproducción asistida, sin que en el momento del despido haya tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados *in vitro*, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer¹²⁰⁹ ¹²¹⁰. Esta nulidad no fue declarada por estar la trabajadora siguiendo un tratamiento de fecundación *in vitro* conocido por la empresa, sino porque dadas las circunstancias concurrentes resulta discriminatorio y, por tanto, nulo¹²¹¹. Se trataría de una discriminación por razón de sexo y no una discriminación por razón de embarazo, hecho que no ha llegado a producirse¹²¹².

El TS, ante un despido objetivo por causas económicas, en el que no queda suficientemente motivada esta causa (la propia carta de despido no se refiere expresamente a la existencia de causas económicas que motivan el despido, sin cifrar cantidad alguna), plantea que habiéndose acreditado indicios suficientes de que el despido de la trabajadora podría estar relacionado con su sometimiento a un tratamiento de fertilidad, corresponde al demandado aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Por tanto, la empresa no acreditó que las causas del cese fueran completamente extrañas a la vulneración alegada por la trabajadora, por lo que fue declarado ilícito, al no cumplir con la exigencia legal que excluya el móvil discriminatorio ante un claro panorama indiciario de vulneración del principio de igualdad¹²¹³.

¹²⁰⁹ Anula la STSJ del País Vasco de 21/07/2015.

¹²¹⁰ Sobre la STS de 04/04/2017, véanse estudios que realizan BASTERRA HERNÁNDEZ, M., "El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación "in vitro" y la gestación subrogada", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 205, 2018, págs. 167-195; y CARDONA RUBERT, M.B., "Discriminación por fecundación in vitro: la nueva frontera al derecho de la trabajadora a ser madre. Comentario a la STS 286/2017, de 4 de abril", Revista de Derecho Social, núm. 79, 2007, págs. 185-192.

¹²¹¹ ESCUDERO ALONSO, L.J., "La protección de la fecundación in vitro frente al despido", Consell Obert, núm. 328, 2017, pág. 10.

¹²¹² CARDONA RUBERT, M.B., "Discriminación por fecundación...", op. cit., pág. 191.

¹²¹³ Sobre comentarios a la STS de 04/04/2017, véase: 1) APARICIO ALDANA, R. K., "Análisis de la STS, de 4 de abril de 2017, sobre despido de profesora en tratamiento de fecundación "in vitro": un ejemplo de la influencia de los pronunciamientos del TJUE como sentencias de contraste", Derecho y Economía de la Integración, núm. 3, págs. 141-156; 2) DIARIO LA LEY, "El Tribunal Supremo iguala el embarazo al proceso de fecundación in vitro en fase anterior a la implantación a efectos de declarar nulo un despido", núm. 8.986, Sección Jurisprudencia, 24 de mayo de 2017, Wolters Kluwer; y 3) GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., "Jurisprudencia reciente sobre discriminación...", op. cit., págs. 69-83.

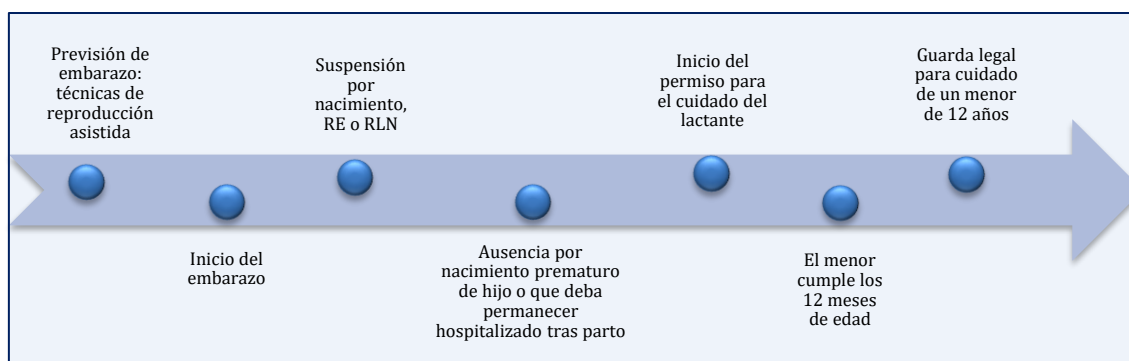


FIGURA 3.6. Línea temporal que contiene los periodos en los que se podrá producir la nulidad del despido.

3.6.2. La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba

Las garantías mencionadas en apartados anteriores, no impiden que, en determinadas circunstancias, se pueda producir la extinción de la relación laboral –no necesariamente un despido– de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba y que esa extinción pueda ser calificada como procedente. La problemática surge cuando se produce el despido de una trabajadora embarazada o en situación de maternidad, durante el periodo de prueba, o bien que se produzca el desistimiento empresarial –durante el mismo periodo– de continuar la situación contractual.

En cuanto a la nulidad contractual, es preciso aclarar que las garantías reforzadas para la mujer trabajadora embarazada se centran en dos tipos de nulidades: nulidad objetiva (art. 55.5 b) LET) y nulidad por discriminación (art. 55.5 LET primer párrafo). La STC 92/2008 ya determinó que existía una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por discriminación, que actúa sobre toda situación de embarazo “al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación¹²¹⁴”; y lo hace “sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario, ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo¹²¹⁵”.

Es importante poner de manifiesto que, la reforma del art. 14 LET por parte del Real Decreto-ley 6/2019, incluyó un párrafo en el que se determinó que, la resolución empresarial del contrato de la trabajadora (durante el periodo de prueba) que se encontrara: 1) embarazada (“desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el art. 48.4”); o 2) en situación de

¹²¹⁴ Argumentos empleados por entre otras, la STSJ de Andalucía de 12/09/2012.

¹²¹⁵ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Inaplicación de la nulidad objetiva...”, op. cit., pág. 188. En estas situaciones, no es necesario que se acredite que la extinción del contrato tiene un móvil discriminatorio, siendo suficiente la constatación del hecho del embarazo de la trabajadora. Argumento esgrimido entre otras en: STSJ de Andalucía de 08/07/2010, STSJ del País Vasco de 30/03/2010 y STSJ de Castilla La Mancha de 06/04/2009.

maternidad, sería nula. Párrafo que, sin duda supone un nuevo impulso garantista del legislador frente a las discriminaciones de esta índole¹²¹⁶. Es un nuevo e importante paso hacia la igualdad “real” de la mujer trabajadora, que consiste en “objetivar” la nulidad del desistimiento empresarial que se produce durante su estado de embarazo¹²¹⁷. Antes de esta reforma, en el supuesto de extinción contractual por no superar el período de prueba de una trabajadora embarazada, salvo que esta aportase indicios de trato discriminatorio, el empleador no tenía por qué motivar la extinción. Sin embargo, esta facultad empresarial puede ser objeto de revisión cuando existen indicios de discriminación por razón de sexo. Así se estimó en la SJS núm.1 de Cartagena de 20/03/2018, en la que se demostró que era sencillo verificar la existencia de indicios de discriminación, puesto que el empresario conocía el embarazo de la trabajadora y fue despedida el mismo día que se reincorporó tras un periodo de baja por embarazo de riesgo^{1218 1219}. Por ello, previo a la reforma de 2019, “a las mujeres embarazadas que se encontraban en estos casos y que sintieran que se habían vulnerado sus derechos fundamentales, les quedaba únicamente la posibilidad de solicitar amparo por discriminación por razón de sexo, pero había que aportar indicios y el hecho de estar embarazada y de que el empresario fuera o no conocedor de esta circunstancia, no bastaba como único indicio, había que alegar algo adicional”¹²²⁰.

Hasta esta reforma, la jurisprudencia entendía que, en las situaciones de resolución del contrato –a instancia empresarial–, durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada o en situación de maternidad, esta extinción sólo podía ser nula cuando resultara discriminatoria, no siendo aplicable por tanto la teoría de la nulidad objetiva¹²²¹. Justificaba este rechazo razonando que la nulidad de la decisión extintiva en este supuesto exigía acreditar indicios de discriminación, lo que no sucedía cuando la empresa no conocía siquiera el estado de gestación de la trabajadora, pues no había quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo

¹²¹⁶ Sobre esta reforma, véase comentario en positivo efectuado en SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2019”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 55, 2020, pág. 747.

¹²¹⁷ GALLEGO MORA, F., “Embarazo y despido. Veinte años en el camino hacia la igualdad: de la Ley 39/1999 al RD Ley 6/2019”, Revista de Derecho Social, núm. 88, 2019, pág. 231.

¹²¹⁸ Sentencia comentada en DIARIO LA LEY, “Despido nulo de trabajadora en periodo de prueba tras una baja médica por embarazo de riesgo”, núm. 9.243, Sección Reseña de sentencias, 20 de julio de 2018, Wolters Kluwer.

¹²¹⁹ Otros pronunciamientos judiciales que siguen esta línea argumental: SSTSJ de las Islas Canarias de 16/01/2017, de Madrid de 12/09/2018 y de Galicia de 26/07/2018.

¹²²⁰ DE JESÚS SILVANO, SANDRA M., “La protección frente a la extinción...”, op. cit.

¹²²¹ STC núm. 173 de 13/10/2013.

de la trabajadora¹²²². El origen de esta sentencia lo encontramos en la STS de 18/04/2011 –recurrida en amparo ante el TC– que afirmaba que durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo, constitucionalmente prohibida¹²²³. Pero ello no implicaba que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba pudiera calificarse como nula si no existían indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acreditara que el cese se producía por causas razonables y justificadas.

Los tribunales ordinarios también habían seguido esa misma línea, como ejemplo, destacamos la STSJ de las Islas Canarias, de 16/01/2017, en la que se establece que el despido durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada es válido por no la superación del mismo. El periodo de prueba es una institución que permite a ambas partes intervinientes, rescindir unilateralmente el contrato, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto¹²²⁴. Otros pronunciamientos judiciales más recientes también insistían en que no cabe extender al periodo de prueba, por analogía, la protección dispensada para el despido, de forma que en los casos de desistimiento empresarial por no superación del período de prueba es aplicable la protección general de los derechos fundamentales, que exige la aportación de indicios de violación por parte del trabajador y la prueba plena por parte de la empresa de que la resolución extintiva es completamente extraña a cualquier propósito violador del derecho fundamental¹²²⁵.

En definitiva, la extinción del contrato durante el periodo de prueba era nula (como cualquier otra decisión extintiva) si se producía con vulneración de derechos fundamentales, como sucedía si la decisión empresarial era una reacción al embarazo de la trabajadora (STC 17, de 12/02/2007¹²²⁶); hecho que ha sido superado por la normativa vigente.

¹²²² En realidad, no existe obligación en la legislación española de realizar por parte de la trabajadora, comunicación previa del embarazo al empresario, a diferencia de lo que se contempla en el art. 2.a) de la Directiva 92/85/CEE. Dada la importancia del tema, en el *Capítulo* dedicado a la acción preventiva y protectora de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo, detallamos la problemática sobre la necesaria comunicación de la situación de embarazo al empresario y la opinión actual de la doctrina jurisprudencial.

¹²²³ La STS de 18/04/2011 fue recurrida en amparo alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14.1 CE) por haber rechazado la declaración de nulidad del desistimiento mediante una interpretación restrictiva del art. 55.5.b) LET y sin ponderar la dimensión constitucional del caso. La STC 173/2013, de 10/10/2013, denegó el amparo solicitado.

¹²²⁴ Argumentación defendida y motivada en SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2017”, op. cit., pág. 558.

¹²²⁵ SSTSJ de Cataluña de 15/01/2019, de Murcia de 06/02/2019, de la Comunidad Valenciana de 13/02/2019 y de Galicia de 26/07/2018.

¹²²⁶ Para determinar si se vulnera la prohibición de discriminación por razón de sexo, se ha de analizar si la trabajadora recurrente en amparo aportó indicios de discriminación suficientes y si, en tal supuesto, como consecuencia de la inversión de la carga de la prueba, la empleadora cumplió con su obligación de rebatirlos

Tras la reforma de 2019, parece que el legislador quiere dejar claro que toda resolución del contrato, en fase de prueba y a instancia empresarial, de una trabajadora embarazada o en situación de maternidad debe calificarse como nula, aunque no existan indicios de discriminación. Supone por ello, una garantía reforzada de la tutela laboral de la trabajadora en estas situaciones. La norma de 2019, incorporó las denuncias de parte de la doctrina académica y judicial, contrarias a la artificiosa diferenciación de la protección dispensada a la mujer embarazada en función de la fase en que se encontrase su contrato de trabajo¹²²⁷.

No podemos dejar de mencionar el voto particular ejercido por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, en la STC núm. 173 de 13/10/2013, que planteaba que la única excepción a una protección integral del embarazo frente a la extinción del contrato de trabajo, vendría dada por la verificación de una causa que desvinculara el acto extintivo del factor protegido; esto es, por la concurrencia debidamente acreditada de una causa laboral que justificara el cese en periodo de prueba o de una causa disciplinaria que determinara la procedencia del despido en los casos regulados en el art. 55.5 LET. En definitiva, las determinaciones normativas, los actos empresariales o las interpretaciones que diferenciaran la tutela antidiscriminatoria entre situaciones que precisaran, por razón de embarazo, la misma protección, serían, en suma, contrarias al art. 14 CE por imperativo constitucional¹²²⁸.

3.6.3. La protección de la mujer embarazada frente al despido colectivo

Por despido colectivo, se entiende la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte a un número determinado de trabajadores¹²²⁹. En la tramitación del expediente de regulación de empleo, se deben determinar los criterios de elección de los trabajadores afectados por el despido¹²³⁰. Criterios que, en

justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

¹²²⁷ GALLEGO MORA, F., "Embarazo y despido...", op. cit., pág. 231.

¹²²⁸ Voto particular al que se adhirieron la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y los Magistrados don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Juan Antonio Xiol Ríos.

¹²²⁹ El art. 51 LET se refiere a: a) diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; b) el diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; o 3) treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. Durante el periodo de consultas regulado en el mismo precepto, se tendrán que determinar cuáles son los criterios, por los que este despido colectivo afectará a unos o a otros.

¹²³⁰ Entre estos criterios, podemos citar: 1) trabajadores en puestos de trabajos que resulten excedentes (STSJ de Madrid de 08/05/2013 y STSJ de Cataluña de 26/09/2014); 2) trabajadores adscritos al centro de trabajo afectado sin extender el problema al resto de centros de trabajo (STSJ de Castilla y León de 04/02/2015); 3) criterio de la antigüedad, mayor o menor, en su caso; 4) criterio del rendimiento o de la productividad laboral; 5) criterio de la edad de los trabajadores afectados, precisando que la prohibición de discriminación por razón de edad se encuentra proclamada en el art. 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en la Directiva 2000/78/CE; 6) criterio de las ausencias por enfermedad o bajas médicas; y 7) criterio de

principio, pueden ser determinados por la empresa libremente, sin perjuicio de lo establecido en la propia LET, que permite la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores y el establecimiento de prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad, siempre que se encuentre regulado por convenio colectivo o se haya acordado en el periodo de consultas. Se trata de una manifestación más del poder de dirección y organización empresarial, que está sujeto al respeto de los derechos fundamentales y no puede ser discriminatorio en ningún caso¹²³¹.

Teniendo en cuenta este marco normativo y de regulación del despido colectivo y poniéndolo en consonancia con los contenidos de este estudio, *¿en qué afecta a las mujeres que se encuentran en situaciones relacionadas con la maternidad?* Para responder a esta cuestión, acudimos inicialmente a la jurisprudencia europea, destacando los argumentos que esgrime la Abogado General de la UE (*Sharpston*) en la STJUE de 22/02/2018 sobre el Asunto C-103/16 *Porrás Guisado*, planteado por el TSJ de Cataluña, que solicitaba una interpretación de la prohibición del despido de trabajadoras embarazadas que figura en el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE¹²³². Concretamente, solicitaba orientación sobre cómo ha de interpretarse dicha prohibición en relación con la Directiva sobre despidos colectivos en el caso de un procedimiento de despido colectivo. Las conclusiones de su informe son las siguientes: 1) las trabajadoras embarazadas están protegidas frente al despido tanto por la Directiva 92/85/CEE, como por la Directiva 98/59/CEE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, siempre que sean motivos no inherentes a la persona. Una situación particular que dé lugar a un despido colectivo puede calificarse como tal, cuando las circunstancias así lo justifiquen, como “caso excepcional”, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional comprobar la existencia de tales circunstancias; 2) si la trabajadora embarazada puede ser recolocada en otro puesto, en el contexto de un despido colectivo, no se incluirá en el despido, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional determinar si éste es el caso; 3) los Estados miembros deben proteger a las trabajadoras embarazadas tanto contra el propio despido, como contra las consecuencias de un despido ilegal (por ejemplo, declarando el despido como nulo, por la legislación española); 4) ante un despido colectivo, los Estados miembros no están obligados a conceder una prioridad de permanencia en la empresa

la voluntariedad en la adscripción al despido colectivo (POQUET CATALÁ, R., “Criterios de selección, prioridad de permanencia, prohibición de discriminación y trabajadoras embarazadas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2018, págs. 63-82). Se exige que estos motivos no sean discriminatorios o vulneren derechos fundamentales.

¹²³¹ SÁEZ LARA, C., “Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

¹²³² Véase DIARIO LA LEY, “Un despido colectivo no siempre puede considerarse un «caso excepcional» que permita despedir a una trabajadora embarazada”, 25 de septiembre de 2017, Wolters Kluwer.

a aquellas trabajadoras que se encuentren embarazadas; y 5) para que un preaviso se ajuste a derecho, deberá formalizarse por escrito y establecer los motivos debidamente justificados en relación con casos excepcionales no inherentes al embarazo que admiten el despido.

Como cuestiones fundamentales, por un lado, la Abogado General establece que, ante un caso de despido colectivo, si la trabajadora embarazada puede ser recolocada, no deberá verse afectada por el despido y que en el supuesto que éste se produjera, deberá justificarse por escrito las circunstancias excepcionales no inherentes a su embarazo; y por otro, deja en manos de los órganos jurisdiccionales nacionales, la determinación de cada caso concreto¹²³³. Por tanto, se aclaran las dudas que planteaba el TSJ de Cataluña, pero la decisión última la traslada a los diferentes órganos de justicia de los Estados miembros. Probablemente, una modificación legislativa que estableciera la prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas ante un despido colectivo, evitaría casos de discriminación directa. Aun así, vemos muy positiva la obligación de intentar recolocar a estas trabajadoras para que puedan sortear el despido colectivo.

Como decíamos, estas conclusiones de la Sra. E. Sharpston, son el resultado de la petición del TSJ de Cataluña en el Asunto C-103/16, planteando al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales¹²³⁴. Así, la STJUE de 22/02/2018 Asunto C-103/16 *Porrás Guisado*, declaró:

- 1) El art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE no es contrario a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo. O, dicho de otra forma, que nuestra normativa interna no se opone a lo que establece la UE para la protección de las trabajadoras embarazadas frente al despido.
- 2) En el mismo sentido, el art. 10.2 de la misma Directiva, no es contrario a una normativa nacional que permite a la empresa despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido. Es decir, si en el despido colectivo concurren casos excepcionales no inherentes al embarazo de la trabajadora, si se permite el despido, siempre que la empresa facilite los motivos justificados de despido por escrito.
- 3) En cambio, el art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE, sí se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que

¹²³³ ESCUDERO ALONSO, L.J., “La protección de la mujer embarazada frente al despido colectivo”, *Consell Obert*, núm. 332, 2017, pág. 10.

¹²³⁴ Auto del TSJ de Cataluña núm. 581/2016 de 20/01/2016.

establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal. Se trata, por tanto, de que nuestra normativa, no prohíbe el despido con “carácter preventivo”.

- 4) Por último, el TJUE declaró que, el mismo art. 10.1, no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo, no establezca ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras en estas situaciones. Es decir, no es obligatoria la prioridad de permanencia ni la recolocación ante un despido colectivo, por lo que la normativa española no contraviene la Directiva Europea. En cuanto a la recolocación, a pesar de su no obligatoriedad, recordemos que la Abogado General, planteó que, si puede ser recolocada en otro puesto, en el contexto de un despido colectivo, no debe incluirse en el despido, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional determinar si éste es el caso.

Con este fallo, el TSJ de Cataluña emitió sentencia de fecha 26/04/2018 en la que –como no podía ser de otra forma– desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora, frente a la sentencia núm. 43/2015, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró, en los autos 96/2014, en fecha 25/02/2015.

Sobre el contenido de esta sentencia, con relación a la STJUE de 22/02/2018, conviene detenernos en diversos aspectos que, en nuestra opinión, son de gran relevancia y que pueden plantear un interesante debate:

- 1) **La carta del despido individual en el despido colectivo.** El art. 53.1 a) LET establece que la adopción del acuerdo de extinción, exige la observancia de –entre otros– el requisito de “comunicación escrita al trabajador expresando la causa”. En este sentido, la doctrina del TS ha establecido que, “la referencia a la «causa» en la carta del despido objetivo es equivalente a «hechos que lo motivan» (...) y debe consistir en «los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas (...) y, en el supuesto de despido objetivo, los datos fácticos suficientes que configuran el concepto de «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»”. “La comunicación escrita debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de las causas que se invocan como constitutivos del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa”¹²³⁵. Así, el TS admite

¹²³⁵ SSTS de 23/09/2014, 12/05/2015 y 15/03/2016. En esta última, se contiene un voto particular en el que se advierte del “retroceso en las facultades de control judicial del mismo (despido). Desde esta perspectiva, podría vulnerar también el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24 CE. Asimismo, es interesante conocer los fallos de las SSTS de 24/01/2018, 08/02/2018, 27/02/2018, 08/03/2018, 04/04/2018, 16/04/2018, 18/05/2018, 11/07/2018 o 12/07/2018, entre otras, en las que se determina que

la validez de las cartas de despido que no especifiquen la razón concreta de la designación por parte de la empresa de la persona despedida y ello en base a la estricta literalidad del art. 53.1 ET (que hace referencia solo a la expresión de «la causa» del despido individual) y del art. 122.1 LRJS (que menciona la «causa legal»)¹²³⁶.

Es notorio que esta doctrina del TS, contraviene la jurisprudencia europea, pues entra en contradicción con la STJUE de 22/02/2018, que determina que, la carta de despido solo será válida cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido. Esta adición es fundamental porque establece con rotundidad y precisión lo que debe constar en la carta de despido¹²³⁷. Así se puso de manifiesto esta contradicción en la STSJ de Castilla y León de 28/05/2018, en la que concretamente se establece que, deben constar expresamente en la carta de despido individual en despido colectivo de embarazada, las razones concretas por la que ha sido designada para despido.

- 2) **La prioridad de permanencia en la empresa**¹²³⁸. Recordemos que nuestro ordenamiento jurídico reserva a los representantes legales de los trabajadores esta prioridad de permanencia por encima del resto de colectivos (art. 51.5 LET). Asimismo, a través de convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad. A nivel de normativa comunitaria, tampoco el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, establece esta prioridad, puesto que, a pesar de la prohibición del despido de las trabajadoras embarazadas, se permite la extinción del contrato en casos excepcionales no inherentes a su estado, admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. Por lo que, a nivel normativo no hay ninguna referencia sobre las trabajadoras embarazadas.

“la notificación individual de la decisión de despido colectivo a los trabajadores afectados no requiere la reproducción de los criterios fijados por el empresario en la decisión o acordados por empresa y representantes de los trabajadores en el período de consultas, ni tampoco una indicación de la concreta aplicación de dichos criterios al trabajador afectado el de la reproducción de los criterios de selección en la notificación individual del despido a los trabajadores” (Argumentación defendida y motivada en SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2018”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 51, 2018, pág. 546).

¹²³⁶ BALLESTER PASTOR, M.A., “El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora Embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto *Porras Guisado*”, Trabajo y Derecho, núm. 45, 2018, pág. 79.

¹²³⁷ BALLESTER PASTOR, M.A., “El significado de la tutela...”, op. cit., pág. 80.

¹²³⁸ Sobre la prioridad de permanencia en la empresa véase GARCÍA PIÑEIRO, N.P., “La prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas en un despido colectivo: una nueva petición de decisión prejudicial. ATSJ Cataluña, de 20 enero 2016”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 192, 2016, págs. 323-333.

En cuanto a la jurisprudencia, el TJUE no considera obligatorio que los Estados miembros establezcan esta prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia.

Por ello, ante un despido colectivo, la trabajadora embarazada, estaría expuesta al mismo nivel que el resto de trabajadores, con el agravante del propio embarazo, que podría situarla en una situación de debilidad y discriminación por razón de sexo. Ahora bien, entendemos que la norma no pueda proteger de forma “absoluta” a la trabajadora, prohibiendo un despido bajo cualquier circunstancia, puesto que estaríamos hablando de las necesidades legítimas empresariales que, sí permiten un despido basado en razones económicas, técnicas, organizativas o productivas derivadas de la actividad de la empresa. Además, esta prohibición “absoluta” tendría difícil encaje dentro de la normativa europea¹²³⁹. Sin embargo, entendemos y apoyamos la tesis de que, una modificación del art. 51.5 LET, por la que quede reflejada la prioridad de permanencia en la empresa, del colectivo de trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia natural, conllevaría un refuerzo de la tutela preventiva (denominada así por el propio TJUE), puesto que, en caso de que se incluyan como un colectivo prioritario, la empresa quedaría obligada a justificar en la decisión final del despido colectivo, y de manera específica (con causas distintas a las que inducen al despido colectivo), la afectación del mismo a trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa¹²⁴⁰.

3.7. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

A continuación, en este último apartado, exponemos de una manera breve y concisa el resumen de cada epígrafe de este *Capítulo* y las principales conclusiones que se derivan de los mismos.

En primer lugar, con relación al acceso al empleo, recientes fallos judiciales del TS, han determinado que la mujer por razón de su embarazo, no puede situarse en una situación desfavorable o perjudicial respecto al hombre y que el probable perjuicio económico de la empresa, ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el período de su embarazo, no está justificado para evitar su contratación. Así, negarse a celebrar un contrato de trabajo, temporal o indefinido, con una candidata que hubiera sido considerada apta para

¹²³⁹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo nuestra tutela “preventiva” es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, Trabajo y Seguridad Social, núm. 425-426, 2018, págs. 152-162.

¹²⁴⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Afectación de trabajadora...”, op. cit., pág.161. Opinión compartida por GARCÍA RUBIO, M.A., “Despido por causas empresariales y conciliación familiar: garantías de las personas trabajadoras a la luz de la actual normativa y jurisprudencia”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 236, 2020, págs. 71-110.

ejercer una actividad concreta, en base a eventuales consecuencias, perjudiciales para la empresa (perjuicio económico), que surgirían por la contratación de una mujer embarazada, vulnera el principio de igualdad de trato consagrado en la normativa europea. Nos encontraríamos ante una situación de discriminación por razón de sexo, por la que, el embarazo de la trabajadora no justifica que se la postergue en el acceso al trabajo. Estas conclusiones son el resultado de la abundante jurisprudencia europea y española. Asimismo, con relación a la duración máxima de los contratos de trabajo, se ha evidenciado el nivel proteccionista en la celebración de contratos para la formación y el aprendizaje, interrumpiendo la duración máxima de los mismos, ante determinadas situaciones biológicas relacionadas con la maternidad. Situación similar que ocurre con la duración máxima del periodo de prueba asociado al contrato de trabajo.

En segundo lugar, el actual permiso para el cuidado del lactante, es el resultado de numerosas modificaciones en las últimas décadas, ampliándose en diferentes vertientes la configuración y el alcance del mismo. Así, se ha evolucionado desde un derecho de las madres trabajadoras para proporcionar la lactancia a su hijo biológico menor de nueve meses, consistente en una hora de ausencia del trabajo, que podían dividir en dos fracciones (LET 1980); hasta un derecho de las personas trabajadoras, consistente en una reducción de la jornada trabajo para el cuidado del lactante, que puede ser ejercido por los dos progenitores de forma individual y simultánea, para proporcionar al menor de nueve meses (o doce en determinadas circunstancias) los cuidados necesarios, propios de su edad, incluyéndose nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (Real Decreto-ley 6/2019). Las modalidades del disfrute de este derecho son: 1) ausentarse de su puesto de trabajo durante una hora – dentro de la jornada–, tiempo que puede dividirse en dos fracciones; 2) reducción de su jornada laboral en media hora, al inicio o al final de la misma; y 3) acumulación en jornadas completas (por convenio colectivo o acuerdo con la empresa). Sobre esta última modalidad se han dictado numerosos pronunciamientos judiciales sobre la forma en la que debe ejecutarse este derecho con relación a la interpretación de los convenios colectivos. Así, destacamos la STS de 19/04/2018, que de forma contundente estableció que esta modalidad debe ejercerse tomando como referencia una hora de ausencia diaria, no media hora de reducción de la misma. El TS se basó en la propia redacción del art. 37.4 LET, determinando que este derecho consiste en ausentarse del centro de trabajo, por lo que el permiso es el que se acumula y, por tanto, lo es sobre la hora de ausencia. La norma estatutaria acude a la expresión "acumularlo", en clara referencia al derecho y no dice "acumularla" en referencia a la reducción de jornada. Asimismo, no podemos olvidar que para que se pueda ejercer este derecho de forma acumulada, el convenio colectivo de aplicación o en su defecto, el acuerdo individual con la empresa, así debe recogerlo. En nuestra opinión, el legislador debería fomentar el uso de esta modalidad de disfrute, librándola de las "ataduras" de la negociación colectiva o acuerdo individual.

En cuanto a la finalidad del permiso, destacamos que ha ido evolucionando a lo largo de los años, en los que la tendencia doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, estaba orientada hacia una conceptualización amplia del permiso por lactancia, que no sólo debía tener como fin último proporcionar alimento de forma natural o artificial al menor de nueve meses, sino que, en base a esta reducción se le debían proporcionar los cuidados y la atención que precisara teniendo como sujeto beneficiario cualquiera de los dos progenitores del menor. La reforma de 2019 fue necesaria para solucionar situaciones conflictivas, estando avalada por un sector de la doctrina y refrendada por numerosos pronunciamientos judiciales.

La reforma de 2019 tuvo como finalidad principal, el fomento de la corresponsabilidad entre los progenitores en el cuidado de los menores. Hecho que ha supuesto una clara situación de desventaja con respecto a las familias monoparentales. La trascendente STSJ del País Vasco de 06/10/2020, establece que los derechos del menor no pueden verse perjudicados por el hecho de su pertenencia a una familia monoparental, hecho que no debe afectar negativamente a su desarrollo personal. En nuestra opinión, es digno reconocer las buenas intenciones del legislador en la promoción de la corresponsabilidad entre los progenitores, sin embargo, con relación al permiso para el cuidado del lactante, no consideramos del todo acertado el discurso jurídico. Nuestra propuesta está dirigida al reforzamiento del marco legal y a la argumentación de la defensa de los derechos del menor como principio general de interés superior y sobre el que debe girar el derecho al acceso a este permiso, con independencia del tipo de familia en la que se halle. El legislador debería regular todos los aspectos relacionados con el cuidado del menor, con independencia del número de progenitores o figuras similares que lo cuiden. Entendemos muy necesaria la corresponsabilidad en el cuidado de los menores, sin embargo, no se debería emplear estos recursos legales con este fin, minusvalorando la protección del menor como fin último de esta reducción de jornada.

Destacamos el debate jurídico en torno al ejercicio de este derecho en los supuestos de parto o adopción múltiple bajo la modalidad de acumulación en jornadas completas. Así, un estudio detallado nos ha permitido concluir y aportar como propuesta en este trabajo, que debe primar una interpretación extensiva del art. 37.4 LET, entendiendo que la ampliación de la duración del permiso por nacimiento múltiple, debe producirse en todo caso, con independencia de la modalidad escogida, incluso cuando el permiso se disfrute en la modalidad de acumulación y no esté regulado de manera expresa (los nacimientos múltiples) en el convenio colectivo.

Para finalizar con el permiso para el cuidado del lactante, precisar que la asunción empresarial de su coste, probablemente tiene efectos perjudiciales para las trabajadoras, volviéndose en contra suya, como titulares del derecho en una mayoría de casos. Se produce un claro efecto *boomerang*, pues el empresario prefiere contratar a trabajadores con los que no se encuentran obstáculos en la prestación del trabajo.

Habrá que determinar si la reforma de 2019, logra revertir esta situación y avanzar hacia una corresponsabilidad entre ambos progenitores, que no perjudique en su mayoría a las mujeres.

Sobre el permiso por nacimiento prematuro de hijo o hija o que deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, puede ejercerse bajo dos modalidades compatibles entre sí: 1) derecho a ausentarse de su puesto de trabajo durante una hora, sin disminución de salario; y 2) derecho a la reducción de jornada durante dos horas, con la consiguiente disminución proporcional del salario. Se trata de un permiso que está íntimamente relacionado con lo establecido en el art. 48.4 LET, que permite retrasar el comienzo de la suspensión del contrato por nacimiento para la madre biológica o el otro progenitor hasta que el neonato reciba el alta hospitalaria. La última reforma ha permitido extender este derecho a ambos progenitores, que lo pueden disfrutar de forma simultánea y bajo la modalidad o modalidades que escojan. Asimismo, la reforma de 2019 suprimió el llamado permiso por nacimiento de hijo, que era de dos o cuatro días de duración, por lo que, a juicio del TS, las cláusulas de los convenios colectivos que establecían mejoras, dejan de tener efecto puesto que no puede aceptarse la vigencia en el convenio de una mejora de un derecho legal que ya no existe. No compartimos estos argumentos jurídicos, sino que estamos de acuerdo con los fallos emitidos por diversas sentencias de la AN puesto que: 1) los convenios colectivos son fuente de la relación laboral y regulan derechos y obligaciones concernientes a la misma; y 2) el Real Decreto-ley 6/2019, no determina expresamente ningún tipo de derogación de las normas convencionales que mejoren o superen la consecución de los derechos tratados.

Como particularidad, en los supuestos del ejercicio de este derecho en los casos de parto múltiple, opinamos que procede una interpretación flexible y extensiva de la norma, más beneficiosa para los trabajadores, de forma que se genere una multiplicación del derecho por el número de hijos nacidos.

Para terminar con el epígrafe sobre el tiempo de trabajo, se ha realizado un estudio sobre la compatibilidad del disfrute del derecho a las vacaciones anuales con respecto al derecho de suspensión del contrato por situaciones ligadas a la maternidad. Así, se encuentran incluidos los supuestos de incapacidad temporal derivada de una situación de embarazo, parto o lactancia natural, suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Es importante hacer referencia a la relevante STJCE de 18/03/2004 *Asunto Merino Gómez, C-342/01*, que estableció que cualquier trabajadora tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en un periodo diferente que no coincida con su descanso por maternidad, en el caso de que las mismas estén fijadas en el mismo periodo de suspensión del contrato de trabajo. En caso de coincidencia temporal, deben fijarse fechas alternativas de disfrute para garantizar el ejercicio del derecho a las vacaciones y ello aun cuando, la fijación de las fechas de vacaciones se

hubiera realizado por vía colectiva para toda la plantilla de la empresa. En caso contrario, se estaría garantizando una igualdad meramente formal y no real.

Sobre la inclusión de las situaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, compartimos los argumentos de parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia que realizan una interpretación extensiva del precepto, entendiendo que cuando se mencionan las posibles situaciones de incapacidad temporal, las mismas pueden derivar de una situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

En tercer lugar, con relación a la suspensión del contrato de trabajo, se ha realizado un estudio detallado, sobre los diferentes supuestos protegidos: nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Como aspecto novedoso a destacar, nos referimos a la titularidad del derecho de suspensión de contrato por nacimiento de hijo que, anterior a la reforma de 2019, era de titularidad femenina. Así, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, la titularidad es compartida entre ambos progenitores, produciéndose la equiparación plena entre ellos, con dieciséis semanas de suspensión para los dos titulares. Por tanto, se trata de un derecho individual e intransferible, que obliga a ambos progenitores a disfrutar de este permiso a tiempo completo, durante las seis semanas posteriores al nacimiento del menor. Ello justificado por dos motivos: 1) para la madre biológica, se fundamenta en la recuperación de su salud; y 2) para el otro progenitor, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil. Todo ello, en torno al deber de corresponsabilidad establecido por la propia norma de 2019.

Sobre la reincorporación de la mujer trabajadora tras la maternidad biológica, los tribunales de justicia han dictaminado en numerosas ocasiones, que la maternidad no puede ser penalizada en la relación laboral de la mujer, la mujer no puede sufrir ninguna merma, ningún perjuicio, ninguna restricción o menoscabo a consecuencia de la misma durante la relación laboral, y al regresar después del descanso maternal o de situaciones de riesgo durante el embarazo, o durante la reducción de jornada que pueda tener, no debe sufrir ninguna agravación o empeoramiento de sus condiciones de trabajo ni por supuesto ninguna disminución retributiva. Asimismo, el tiempo de suspensión del contrato por nacimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, adopción o acogimiento, debe computar como horas efectivamente trabajadas, a efectos de los correspondientes complementos económicos variables. En caso contrario, supondría una discriminación directa por maternidad y sería contraria a la protección dispensada por el ordenamiento jurídico a la propia maternidad.

En cuarto lugar, sobre la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, o por riesgo durante la lactancia natural, únicamente concluir que este tipo de suspensiones se basan en el art. 26 LPRL que, en resumen, recoge las medidas que se deben adoptar cuando un puesto de trabajo está ocupado por una mujer embarazada o en situación de lactancia natural. Tanto para los aspectos previos, como

para las consecuencias nos remitimos a los *Capítulos 2 y 4* respectivamente de este estudio.

En cuanto a los epígrafes 3.3, 3.4 y 3.5 (el tiempo de trabajo y la suspensión del contrato bajo diferentes supuestos), a modo de síntesis, recogemos de forma breve, una referencia a la evolución en el tiempo, de las políticas de protección laboral de la maternidad-paternidad y su configuración de acuerdo a los sujetos a las que se dirigen: los progenitores y los menores. Podemos concluir a modo de esquema en las siguientes grandes fases:

- **Fase 1:** se implementaban políticas dirigidas a la protección laboral de la mujer trabajadora, incrementado sus derechos con relación a su función biológica. Así, por ejemplo, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales y la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (LET), establecían una duración máxima de la suspensión del contrato por maternidad de catorce semanas. Periodo que únicamente podía disfrutar la madre y sólo en caso de maternidad biológica. El legislador pretendía establecer un marco de protección de la mujer embarazada desde un doble punto de vista: protección de su salud (varias semanas se debían disfrutar de forma obligatoria después del parto) y protección de sus derechos laborales, de forma que se garantizara su remuneración durante la suspensión del contrato y su vuelta al trabajo tras este periodo. En el supuesto del permiso por lactancia, la LET de 1980, igualmente se refería a la titularidad de la madre, sin posibilidad de cesión al padre. Era evidente que únicamente se tenía en cuenta la función biológica y procreadora de la mujer trabajadora, como tarea esencial para la evolución y crecimiento de la sociedad a través de la familia.
- **Fase 2:** que destacó por su apertura a la suspensión del contrato para el padre, siempre que la madre voluntariamente así lo decidiera, puesto que ella era su única titular. Estaba reservado a las cuatro últimas semanas del descanso, siempre que su estado de salud se lo permitiera. Asimismo, se avanzó en la ampliación de derechos relacionados con la maternidad biológica, expuestos en la Fase 1. Concretamente nos referimos a la ampliación de la duración de la suspensión hasta en dieciséis semanas, ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. Tuvo su máximo exponente en la Ley 3/1989, ya mencionada con anterioridad.
- **Fase 3:** se introdujo el término: “conciliación de la vida familiar y laboral”. Se planteó por primera vez que el padre pudiera 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. En el caso del permiso por lactancia natural, podía ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajaran. La titularidad seguía siendo de ella y únicamente se contemplaba el parto como causa suspensiva. La Ley LCVFL supuso un gran avance en estos temas, así como en aquellos relacionados con la protección de la salud de la mujer, implantando la suspensión del riesgo durante el embarazo, en base al art. 26 LPRL y la creación de una nueva prestación asociada a esta contingencia.

- **Fase 4:** encabezada por la entrada en vigor de la LOIMH, que mantenía en su conjunto el esquema de medidas de la fase anterior, introduciendo una mejora de opción de disfrute en el caso del permiso por lactancia. Se trataría por tanto de lograr la “equiparación” de derechos entre hombres y mujeres, como se pone de manifiesto a través de la creación del permiso de paternidad, con una duración inicial de trece días. Debemos citar, asimismo, la ampliación de los supuestos por los que se puede optar al permiso por lactancia natural, incluyendo la adopción o acogimiento de menores (Ley 3/2012). Sin embargo, la importancia de esta fase, la encontramos en la nueva modalidad suspensiva del contrato de trabajo (LOIMH): por riesgo durante la lactancia natural, que llevaría asociada una nueva prestación económica, siguiendo el mismo esquema suspensivo que para el riesgo durante el embarazo, basado igualmente en el esquema de medidas del art. 26 LPRL.
- **Fase 5:** en la que nos encontramos actualmente y que ha supuesto un importante cambio en la configuración de estos derechos. Sin duda, el origen lo encontramos en el Real Decreto-ley 6/2019. Se ha introducido el término “corresponsabilidad” entre ambos progenitores para el cuidado compartido de los hijos. Se crea la nueva suspensión del contrato por nacimiento, unificando los antiguos permisos de maternidad y paternidad. La titularidad de este permiso es compartida a partes iguales por ambos progenitores, con una duración idéntica, lográndose la plena equiparación entre progenitores¹²⁴¹. Asimismo, se establece seis semanas de descanso obligatorio para ambos, por dos motivos diferentes: para la madre, lo es para garantizar el restablecimiento de su salud; y para el otro progenitor, para garantizar que cumple con sus deberes de cuidado del menor previstos en el Código Civil. Asimismo, esta corresponsabilidad, lleva asociada la necesidad de favorecer la conciliación entre responsabilidades familiares y laborales¹²⁴². La norma también es novedosa en cuanto a que incluye a otros modelos de familia no tradicionales, al referirse a ambos progenitores y no a la madre y padre. Ya no se trata de un derecho de la madre o del padre, sino de la “persona trabajadora”. Esta fase se encuentra actualmente incipiente, por lo que habrá que estar pendiente de su evolución y aplicación directa a estos derechos, para poder vislumbrar si esta “revolución” tiene recorrido a largo plazo. De hecho, como ya se citaba a pie de página en la introducción a este *Capítulo*, está pendiente de resolverse un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 6/2019. Recurso que, en nuestra opinión, podría tener perspectiva de prosperar, teniendo en cuenta que hemos detectado varios autores que plantean que es difícil encontrar razones de extraordinaria y urgente necesidad, susceptibles de justificar la utilización del RDL,

¹²⁴¹ Permisos que, a juicio de MOLERO MARAÑÓN, M.L., “Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. Extra 1, 2019, pág. 172, debían ser comparables, igualitarios e intransferibles.

¹²⁴² GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La corresponsabilidad...”, op. cit., pág. 70.

como si la discriminación laboral por razón de sexo hubiera surgido o se hubiera detectado en los últimos días¹²⁴³.

En nuestra opinión, esta norma supone un importante avance en los derechos de conciliación, caminando hacia la corresponsabilidad. Sin embargo, entendemos que el legislador se inmiscuye en sus obligaciones como progenitores, decidiendo por ellos la forma de cuidado de los menores, sin tener en cuenta sus preferencias y la voluntad que puedan tener al respecto. Es decir, para garantizar el cumplimiento de los deberes de los progenitores, entendemos que no es necesario imponer un descanso idéntico y en el mismo periodo para ambos (referido a las seis semanas obligatorias), sino que pueden existir otras fórmulas igual de válidas. En cualquier caso, se trata de una verdadera “revolución” en la concepción de estos derechos, que “va más allá” de la protección laboral, buscando como objetivos, otros que, quizás, no guarden relación estrecha con el ámbito laboral, como la corresponsabilidad, y que, a pesar de la buena intención del legislador, se deberían haber configurado en base a otras políticas públicas de carácter más social o de sensibilización de la sociedad ante los problemas que existen en torno al cuidado de los menores.

Y, en quinto lugar, sobre la extinción del contrato de trabajo, se han abordado las garantías reforzadas para la protección de las trabajadoras durante las situaciones relacionadas con la maternidad. Así, ante un despido basado en causas objetivas o disciplinarias, se han establecido determinadas garantías que califican el despido como nulo, utilizando principalmente el criterio de la temporalidad. De esta forma, el despido de la trabajadora durante la previsión de embarazo (técnicas de reproducción asistida), inicio y desarrollo del embarazo, suspensión del contrato por nacimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, permiso por cuidado de hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto, permiso para el cuidado del lactante y tras la reintegración al trabajo cuando el menor tenga menos de 12 meses, será declarado nulo. A tal efecto, la empresa deberá acreditar suficientemente que la causa objetiva o disciplinaria que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida. En este sentido, la empresa debe probar que su decisión obedece a motivos razonables y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo.

Sobre el conocimiento del embarazo por parte de la empresa, la relevante STC 92/2008 determina que “nada en el art. 55.5.b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo de una trabajadora, la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y,

¹²⁴³ Por todos, BALLESTER PASTOR, M.A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Temas Laborales*, núm. 146, 2019, pág. 17.

menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado”.

Como novedades legislativas, citamos la reforma del art. 14 LET por parte del Real Decreto-ley 6/2019, que incluyó un párrafo en el que se determinó que, la resolución empresarial del contrato de la trabajadora (durante el periodo de prueba) que se encontrara: 1) embarazada (“desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el art. 48.4”); o 2) en situación de maternidad, sería nula. Párrafo que, sin duda supone un nuevo impulso garantista del legislador frente a las discriminaciones de esta índole. En cualquier caso, la norma de 2019, incorporó las denuncias de parte de la doctrina académica y judicial, contrarias a la artificiosa diferenciación de la protección dispensada a la mujer embarazada en función de la fase en que se encontrase su contrato de trabajo.

Como novedades jurisprudenciales citamos: 1) la STS de 04/04/2017, declara la nulidad del despido de una trabajadora que había iniciado un ciclo de fertilidad de reproducción asistida, sin que en el momento del despido haya tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados in vitro, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer. Esta nulidad no fue declarada por estar la trabajadora siguiendo un tratamiento de fecundación in vitro conocido por la empresa, sino porque dadas las circunstancias concurrentes resulta discriminatorio y, por tanto, nulo; y 2) la STJUE de 22/02/2018 (sobre despidos colectivos), en la que se afirma que las trabajadoras embarazadas están protegidas frente al despido tanto por la Directiva 92/85/CEE, como por la Directiva 98/59/CEE, teniendo la empresa el deber de recolocarla en otro puesto, en el contexto de un despido colectivo, pero sin tener derecho de prioridad de permanencia en la empresa a aquellas trabajadoras que se encuentren embarazadas. Así, ante un despido colectivo, entendemos y apoyamos la tesis de que, una modificación del art. 51.5 LET, por la que quede reflejada la prioridad de permanencia en la empresa, del colectivo de trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia natural, conllevaría un refuerzo de la tutela preventiva, puesto que, en caso de que se incluyan como un colectivo prioritario, la empresa quedaría obligada a justificar en la decisión final del despido colectivo, y de manera específica (con causas distintas a las que inducen al despido colectivo), la afectación del mismo a trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa.

CAPÍTULO 4

La tutela prestacional de la trabajadora embarazada o en período de lactancia

4.1. INTRODUCCIÓN

La protección social de la maternidad en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, completa, asegura y cierra todo el dispositivo protector desplegado por el ordenamiento jurídico laboral en torno a la maternidad. Como es evidente, este nivel de protección social, camina de forma paralela –como no podía ser de otra manera– junto con la protección laboral que reconoce al trabajador la suspensión de la prestación laboral. Así, la protección de la capacidad económica del trabajador es la finalidad básica de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante, por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural¹²⁴⁴. Por tanto, se trata de cubrir la pérdida de rentas del trabajo –salario– o de ingresos que sufren las trabajadoras a consecuencia de la suspensión del contrato, dando cumplimiento así a lo establecido en la Directiva 92/85/CEE, que reconoce el derecho de la trabajadora al mantenimiento de su remuneración o al beneficio de una prestación adecuada, optando el legislador español por trasladar el coste económico a los poderes públicos y liberando al empresario del mismo, como veremos en los siguientes epígrafes.

Esta protección social tiene como objetivo preferente la creación de medidas directas de protección dirigidas a la tutela prevalente de la mujer e indirectamente del hijo, recién nacido, adoptado o acogido. Asimismo, no deben olvidarse otros objetivos de interés general no relacionados directamente con la maternidad propiamente dicha, como la mejora de los índices de natalidad y la estructura demográfica o la sostenibilidad de un sistema público de pensiones basado en un régimen financiero de reparto¹²⁴⁵ ¹²⁴⁶. En este sentido, a nivel legislativo son numerosas las normas que contemplan la protección de la maternidad como una función social necesaria, que trasciende la esfera privada de las personas y por la que deben asumirse los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia. Por ello, no sólo se requiere la participación del otro progenitor, sino que es necesario que el Estado actúe en forma de medidas positivas de apoyo y asistencia¹²⁴⁷.

En esencia, este *Capítulo* configura el tercer y último pilar básico de la tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral, tras la protección de la seguridad y

¹²⁴⁴ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La maternidad...”, op. cit., pág. 167.

¹²⁴⁵ MUÑOZ MOLINA, J., “Prestaciones de la Seguridad Social vinculadas con la maternidad”, en obra colectiva AA.VV., Coord. SÁEZ LARA, C., “Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas”, Ediciones Laborum, Murcia, 2016, pág. 178.

¹²⁴⁶ Sobre el problema demográfico y su relación con las prestaciones por maternidad, véase MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, “Informe sobre el complemento...”, op. cit., págs. 261-284.

¹²⁴⁷ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., “Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, Aranzadi, 2015, págs. 51 y 52. En referencia a la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha; Decreto Legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad; y Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura, entre otras.

salud de la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural y la protección del empleo y de las condiciones de trabajo de este colectivo de trabajadoras. Se trata de analizar desde un punto de vista normativo, jurisprudencial y doctrinal, la tutela prestacional de la trabajadora durante las situaciones relacionadas con el nacimiento y cuidado de menor.

Centrándonos en el contenido de este *Capítulo*, en primer lugar, se realiza un estudio de la normativa de aplicación en tres ámbitos geográficos diferentes: internacional –basándonos fundamentalmente en las resoluciones de la OIT–, comunitario y nacional. A nivel de la OIT, es interesante abordar la evolución de la tipología de prestaciones económicas y médicas a las que ha tenido derecho la mujer trabajadora embarazada desde comienzos del siglo XX hasta la actualidad, refiriéndonos concretamente a tres convenios (los números 3, 103 y 183). En el ámbito europeo, nos referimos esencialmente a la Directiva 92/85/CEE, norma de referencia en toda la Unión Europea, y su transposición a nuestro ordenamiento jurídico, que supuso un importante avance en todos los ámbitos de la protección de la maternidad en el plano laboral. A nivel de derecho interno, se realiza un análisis de la evolución de la normativa desde finales del siglo XIX hasta la actualidad, pasando por las diferentes etapas históricas más recientes de nuestro país. Comenzando por la Ley de 13 de marzo de 1900, que marcó el comienzo legislativo de la protección de la maternidad en España y llegando hasta el Real Decreto-ley 6/2019. Por tanto, se trata de proporcionar una visión histórica del nacimiento y la evolución del sistema protector de la maternidad a través de las políticas públicas implantadas en el último siglo.

En segundo lugar, se ha abordado el estudio de la nueva prestación por nacimiento y cuidado de menor en sus modalidades contributiva y no contributiva, resultado de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019. Así, se ha partido de la premisa de la desaparición de las prestaciones por maternidad y paternidad, dando como resultado una única prestación diferente para cada uno de los progenitores. Se ha realizado un análisis detallado de las situaciones protegidas (principalmente nacimiento y adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar), sujetos beneficiarios, requisitos para el acceso a esta prestación (condición general para causar derecho a las prestaciones y períodos mínimo de cotización, en función de la edad del trabajador), prestación económica y su cálculo, el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación, y la dinámica y gestión de la propia prestación. Por último, se han abordado diferentes problemáticas en torno a esta prestación, en supuestos de trabajo a tiempo parcial y en la relación entre la prestación por nacimiento y cuidado de menor y la prestación por incapacidad temporal. Asimismo, para finalizar el bloque de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, se ha estudiado de forma breve como tributan en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), así como ha resuelto la jurisprudencia las problemáticas que giraban en torno a esta tributación.

En tercer lugar, una vez finalizado el estudio de las prestaciones asociadas a la maternidad-paternidad en los niveles contributivo y no contributivo, se ha abordado el estudio del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, surgido como consecuencia de la STJUE de 12/12/2019. Se aborda el estudio del germen de este complemento, denominado inicialmente “Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social”, que estaba dirigido a las mujeres beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente (IP) o viudedad. Se indaga en el origen del mismo y en la finalidad inicial del mismo, la aportación demográfica de la mujer a la Seguridad Social, a través de hijos biológicos o adoptados. Precisamente, en el objeto del complemento, es donde se ha realizado un mayor esfuerzo de análisis, contrastándolo con las mujeres que potencialmente pueden ser beneficiarias del mismo. Igualmente, se ha estudiado la forma en que se ve afectado el principio de igualdad, con relación a los beneficiarios y la solución que aportan los tribunales de justicia a las diferentes situaciones problemáticas.

En cuarto lugar y continuando con las prestaciones de la Seguridad Social, el siguiente epígrafe aborda la prestación por el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante. Se trató de una novedad introducida por el Real Decreto-ley 6/2019, en base al cuidado corresponsable del menor por ambos progenitores. Se analiza esta nueva prestación económica en su relación con el permiso por cuidado del lactante (art. 37.4 LET) y cuáles son los condicionantes que deben producirse para su reconocimiento a los beneficiarios.

En quinto lugar, en cuanto a la prestación por riesgo durante el embarazo, se ha realizado una descripción del marco normativo que la regula, analizando las situaciones protegidas, beneficiarias, requisitos, cuantía y dinámica de la prestación económica, así como el procedimiento para su reconocimiento. En el desarrollo de este epígrafe, se ha realizado un intento de conexión con las medidas del art. 26 LPRL que se encuentran desarrolladas en el *Capítulo 2* de este estudio. Se trata de poner de manifiesto la importancia de adoptar las medidas preventivas y de protección, sin las cuáles, no será viable la concesión de la prestación por riesgo durante el embarazo.

En sexto lugar, en cuanto a la prestación por riesgo durante la lactancia natural, se ha seguido un esquema similar a la prestación por riesgo durante el embarazo, atendiendo al idéntico marco normativo que regula ambas prestaciones en muchos aspectos. Se ha realizado un estudio de las normas que regulan esta prestación, creada por la LOIMH y calificada como de contingencias profesionales. Asimismo, se ha realizado un análisis de los pronunciamientos judiciales producidos con relación a la especificidad de los riesgos que puedan afectar a la trabajadora lactante de un menor de nueve meses.

Y en séptimo lugar, en materia de infracciones y sanciones, se ha descrito el régimen sancionador ante incumplimientos de la normativa sobre las prestaciones en

materia de Seguridad Social. Concretamente, se han abordado las infracciones de las empresas y los trabajadores (leves, graves o muy graves) y las sanciones asociadas a las mismas, en sus diferentes grados (mínimo, medio o máximo).

4.2. LA MATERNIDAD EN EL SISTEMA PROTECTOR DE LA SEGURIDAD SOCIAL. CONTEXTO HISTÓRICO NORMATIVO

Previo a desarrollar el contenido de la protección de la maternidad en el ámbito de la Seguridad Social, es esencial comprender cuáles son los orígenes de este sistema protector, puesto que nos ayudará a entender la evolución que a lo largo de los años el legislador ha pretendido realizar sobre este derecho concreto y ha ido regulándose en los diferentes entornos sociales del último siglo. Por ello, en este epígrafe vamos a explicar con cierto nivel de detalle, el contexto normativo de la tutela prestacional a nivel internacional, basándonos en el contenido de las resoluciones de la OIT (convenios y recomendaciones), en materia de prestaciones económicas y médicas. Asimismo, realizamos un análisis de la influencia de la normativa comunitaria en nuestro ordenamiento interno, fundamentalmente a través de la Directiva 92/85/CEE y de la evolución histórico normativa nacional, centrándonos en cuatro periodos concretos: primer tercio del siglo XX, el franquismo, la etapa constitucional y el marco normativo actual.

4.2.1. Las prestaciones por maternidad en el ámbito internacional

En primer lugar, a nivel internacional y como ya detallamos en el *Capítulo 2* de este estudio, desde sus inicios, la OIT se ha comprometido con la mejora de los derechos de la mujer trabajadora, dedicando parte de sus esfuerzos a la promoción de la igualdad y equidad entre sexos, siendo uno de sus temas centrales la protección de la maternidad¹²⁴⁸. Así, para dar respuesta al grave problema sanitario que suponía las malas condiciones de trabajo en el caso de embarazo y maternidad, la OIT aprobó en 1919 el Convenio núm. 3, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto¹²⁴⁹. Reconocía el derecho a “prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene”, durante la suspensión de su contrato de trabajo, que podemos esquematizar en dos tipos:

- 1. Prestaciones económicas:** cuyo importe exacto estaba fijado por la autoridad competente en cada país, siendo satisfechas por el Tesoro público o por un sistema de seguro. No aportaba más información, sólo especificaba que debían

¹²⁴⁸ Sobre los convenios y recomendaciones de la OIT, en este *Capítulo* se realiza una descripción de la configuración de las prestaciones económicas y médicas que se regularon en favor de la trabajadora embarazada. Para más detalles, consultar los *Capítulos 2 y 3* de este estudio.

¹²⁴⁹ AZNAR EMBID, S., “El seguro obligatorio de maternidad”, *Anales del Instituto Nacional de Previsión*, núm. 58, Madrid, 1923, pág. 183 y ss.

ser “suficientes”, por lo que entendemos, que no necesariamente debían coincidir con lo que venía percibiendo la trabajadora antes de la fecha del parto.

- 2. Prestaciones médicas:** la mujer tenía derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. No se especificaba si igualmente se asistía al recién nacido y bajo qué condiciones se realizaba esta prestación médica. La redacción del texto era muy genérica, no aportaba detalles concretos de la forma en que se debían realizar estas prestaciones médicas.

En nuestra opinión, entendemos que se trataba de un contenido novedoso, en cuanto a que era el primer convenio que sobre esa materia aprobaba este organismo internacional, pero que, sin embargo, quedaba muy lejos de las prestaciones que debían corresponder a la trabajadora embarazada. Con este texto, se abrió una etapa restrictiva o prohibitiva para la maternidad en determinadas actividades laborales, considerando a la mujer, fisiológicamente inferior al varón, teniendo una innata debilidad y que debía protegerse para salvaguardar la maternidad. Nos encontramos en la fase que algunos autores denominan “paternalista” del “sexo débil”, basándose en criterios subjetivos como la menor fuerza física y en las especiales circunstancias en que situaba a la mujer en el proceso reproductor¹²⁵⁰. Pongamos como ejemplo, el Convenio número 4 (1919), sobre el trabajo nocturno, en el que se establecía que “las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia”¹²⁵¹.

Tras esta etapa, en la década de los años 50, la OIT cambió su postura, dando un importante giro a las normas que aprobaba, buscando la no discriminación entre hombres y mujeres y conjugando la libertad e igualdad de condiciones con independencia del credo, raza o sexo. Se pasaba entonces de una normativa paternalista de protección de la mujer como sujeto débil, a una normativa de carácter preventivo, orientada a la protección de los riesgos ligados a la maternidad¹²⁵². Así, en 1952 se publicaba el Convenio núm. 103 que contenía importantes avances, no sólo en materia de tutela prestacional de la maternidad y la lactancia, sino en garantías médicas para la trabajadora. El incremento de la participación femenina en el mercado de trabajo y la constatación de los perjuicios sanitarios y sociales que podía ocasionar el trabajo a la mujer embarazada o en situación de parto reciente, aconsejaban la

¹²⁵⁰ Por todos, LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental...”, op. cit., págs. 345-346; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La protección...”, op. cit., págs. 276 y 277; NAVARRO NIETO, F., “La problemática jurídica...”, op. cit., pág. 43; y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La maternidad...”, op. cit., pág. 173.

¹²⁵¹ Convenio revisado por los convenios números 41 (1934) y 89 (1948) y derogado por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 106ª reunión (2017).

¹²⁵² NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., “Políticas de tutela...”, op. cit., pág. 15.

extensión de las coberturas médicas¹²⁵³. Por ello, se establecía que, cuando una mujer se ausentara de su trabajo durante el descanso por maternidad, tendría derecho a recibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas, que serían concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio o con cargo a los fondos públicos; en ambos casos, las prestaciones serían concedidas de pleno derecho, a todas las mujeres que reunieran las condiciones prescritas.

- 1. Prestaciones económicas:** las tasas debían ser fijadas por la legislación nacional, siempre que fueran suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado. Si para calcular la prestación, se empleaban las ganancias anteriores al parto, la cuantía económica no podía ser inferior a dos tercios de las mismas. Si la mujer no reunía los requisitos necesarios para causar derecho a la prestación, tenía derecho a recibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de la asistencia pública. Sobre la financiación de estas prestaciones, el texto establecía que todo impuesto que se calculara sobre la base de los salarios pagados y que se impusiera con el fin de proporcionar tales prestaciones, debían ser pagados, ya sea por los empleadores o conjuntamente por los empleadores y los trabajadores. En ningún caso, el empleador debía estar personalmente obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que él empleaba.
- 2. Prestaciones médicas:** a) debían comprender la asistencia durante el embarazo, el parto y el puerperio; b) eran prestadas por una comadrona diplomada o por un médico; c) tenían derecho a la hospitalización, cuando era necesaria; y d) debían ser respetadas la libre elección del médico y la libre elección entre un hospital público o privado.

En esencia, este Convenio reflejó un importante incremento de las garantías, estableciendo las bases de la protección de la maternidad, que han actuado como estándar generalizado de un gran número de ordenamientos¹²⁵⁴.

Simultáneamente, se publicó la Recomendación núm. 95 (1952), sobre interpretación y desarrollo del Convenio núm. 103, que contenía aspectos novedosos exclusivos relacionados con las prestaciones de maternidad. Así, a modo de resumen, el apartado II “Prestaciones de Maternidad”, disponía lo siguiente:

- 1. Prestaciones económicas:** a) siempre que fuera posible, las prestaciones en metálico debían ser fijadas de acuerdo con una tasa superior a la tasa mínima prevista por el Convenio núm. 103; b) esta tasa debía estar fijada en un 100 por ciento de las ganancias anteriores de la mujer que hubieran sido tomadas en cuenta para computar las prestaciones; y c) se debían tener en cuenta otras

¹²⁵³ BALLESTER PASTOR, M.A., “Protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 85.

¹²⁵⁴ BALLESTER PASTOR, M.A., “Protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 85.

prestaciones en dinero o en especie, tales como canastillas o una asignación para la compra de canastillas, el suministro de leche o una asignación de lactancia a las mujeres que lactaran a sus hijos.

- 2. Prestaciones médicas:** tenían por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales. Debían comprender: la asistencia médica general y la asistencia por especialistas en el hospital o fuera de él, e incluso visitas a domicilio; la asistencia odontológica; la asistencia por una comadrona diplomada y otros servicios de maternidad, en el domicilio o en un hospital; la asistencia por enfermeras, en el domicilio, en un hospital o en cualquier otra institución médica; el mantenimiento, tanto en un hospital como en cualquier otra institución médica; el suministro de artículos farmacéuticos, dentales u otros artículos médicos o quirúrgicos; y la asistencia prestada bajo un control médico apropiado, por miembros de cualquier otra profesión a los que legalmente se considerara competentes para proporcionar servicios vinculados a la asistencia de maternidad; y c) las instituciones o los departamentos gubernamentales que concedían las prestaciones médicas debían estimular a las mujeres protegidas, por todos los medios que pudieran ser considerados apropiados, para que utilizaran los servicios generales de salud puestos a su disposición por las autoridades públicas.

En nuestra opinión, es importante poner de relieve el gran avance que esta recomendación realizó sobre las prestaciones económicas, llegando a establecer que deberían ser fijadas en un 100 por ciento de las ganancias anteriores de la mujer que hayan sido tomadas en cuenta para computar las prestaciones. No olvidemos que se trata de un documento de 1952 y que, por ejemplo, en España no fue hasta 1994 cuando la cobertura por maternidad pasó a ser el 100% de la base reguladora, modificación aprobada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, norma que abordamos con más detalle en los siguientes epígrafes^{1255 1256}.

El Convenio núm. 103 fue revisado por la OIT a través del Convenio núm. 183, sobre protección de la maternidad (2000), norma que entró en vigor el 07/02/2002 y que España aún no ha ratificado¹²⁵⁷. Sobre el contenido, hay que indicar que se deben establecer prestaciones económicas y médicas que garanticen a la mujer y al neonato

¹²⁵⁵ «BOE» núm. 313, de 31/12/1994

¹²⁵⁶ Este incremento provocó en muchas ocasiones, una disminución del “coste empresarial de completar la prestación hasta igualar el concepto salarial que se incluía en numerosos convenios colectivos y que podía tener un efecto desincentivador de la contratación de mujeres en edad fértil” (BALLESTER PASTOR, M.A., “La prestación de maternidad”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 69).

¹²⁵⁷ Igualmente, este convenio no ha sido ratificado por una gran parte de los países de la Unión Europea (UE), entre ellos, a modo de ejemplo, citamos: Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Polonia, Reino Unido y Suecia.

unas condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado. Para ello, la norma determina en su art. 6 que se reconocen prestaciones pecuniarias y médicas con las siguientes características:

1. Prestaciones pecuniarias: a) tendrá derecho toda mujer durante la licencia de maternidad, de conformidad con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional. En cualquier caso, los Estados miembros deberán asegurarse que la gran mayoría de las mujeres a las que se aplica este Convenio cumplen los requisitos para poder acceder a este derecho; b) cuantía: debe garantizar a la mujer y a su hijo unas condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado. Cuando deban calcularse de acuerdo a las ganancias anteriores al parto, esta cuantía no deberá ser inferior a dos tercios de las mismas o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones; o del mismo orden de magnitud que el que resulta en promedio de la cuantía anterior, si el cálculo se realiza en base a otros métodos; c) cuando una mujer no reúna las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia social, siempre que cumpla las condiciones de recursos exigidas para su percepción; y d) financiación: deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos, o según lo determinen la legislación y la práctica nacionales. Como regla general, un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que emplee sin el acuerdo expreso de ese empleador, excepto cuando: i) esté previsto así en la legislación o en la práctica nacionales de un Miembro antes de la fecha de adopción de este Convenio; o ii) se acuerde posteriormente a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores.

2. Prestaciones médicas: se amplían las coberturas médicas incluyendo el cuidado del hijo. Comprenderá la asistencia prenatal, durante el parto y después del mismo, así como la hospitalización cuando sea necesario.

Sobre el Convenio núm. 183, se destaca que es una norma con pretensión de generalidad, para abarcar la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados miembros. En cualquier caso, se trata de un texto que, en fecha de 2021, ha sido ratificado por 39 países, no así en el caso de España¹²⁵⁸.

La última norma de la OIT a la que queremos hacer referencia es la Recomendación núm. 191 (2000), sobre protección de la maternidad que interpreta y

¹²⁵⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F., "El derecho fundamental...", op. cit., pág. 347. Sobre esta ausencia de ratificación por España, el autor cita un "estudio inédito de Jaime Cabeza Pereiro a quien, con razón, le sorprende no se haya producido cuando solo obligaría a alguna pequeña reforma legal, añadiendo que sería ineludible si se reemprenden los trabajos, a nivel europeo, de modificación de la directiva de maternidad", "Los problemas de ratificación de los Convenios de la OIT sobre protección de la maternidad", 2011.

complementa el Convenio núm. 183 (2000). Al respecto, precisa los siguientes detalles de las prestaciones:

- 1. Prestaciones pecuniarias:** deberían elevarse a un monto igual a la totalidad de las ganancias anteriores o de las que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones.
- 2. Prestaciones médicas:** deberían incluir al menos: a) la asistencia de un médico de medicina general o de un especialista en su consultorio, a domicilio o en un hospital u otro establecimiento médico; b) la asistencia de maternidad de una comadrona diplomada o de otros servicios de maternidad a domicilio, o en un hospital u otro establecimiento médico; c) la estancia en un hospital u otro establecimiento médico; d) todos los productos farmacéuticos y médicos, exámenes y análisis necesarios prescritos por un médico u otra persona calificada; y d) la asistencia odontológica y quirúrgica.

Por último, sobre la financiación de estas prestaciones, la Recomendación núm. 191 determina que, deberían pagarse en función del número total de personas empleadas, sin distinción de sexo: a) aquellas cotizaciones en virtud de un seguro social obligatorio que prevea prestaciones de maternidad; y b) aquellos impuestos sobre la nómina que se establezcan para financiar tales prestaciones, ya sea que los paguen conjuntamente el empleador y los trabajadores o únicamente el empleador.

En las tablas 4.1 a 4.4 se detallan, a modo de resumen, los contenidos concretos relacionados con la prestaciones médicas y económicas de los convenios y recomendaciones publicados por la OIT relacionadas con la protección de la maternidad.

TABLA 4.1. Detalle de las principales prestaciones médicas en los Convenios de la OIT sobre protección de la maternidad.

CONVENIOS DE LA OIT SOBRE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MATERNIDAD	
CONVENIOS	PRESTACIONES MÉDICAS
CONVENIO NÚM. 3 (1919)	La mujer tendrá derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona.
CONVENIO NÚM. 103 (1952)	Deberán comprender la asistencia durante el embarazo, el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico. Igualmente comprenderá la hospitalización, cuando ello fuere necesario, la libre elección del médico y la libre elección entre un hospital público o privado.

CONVENIOS DE LA OIT SOBRE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MATERNIDAD	
CONVENIO NÚMERO 183 (2000)	Se deberán proporcionar prestaciones médicas a la madre y a su hijo, de acuerdo con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesario.

TABLA 4.2. Detalle de las principales prestaciones económicas en los Convenios de la OIT sobre protección de la maternidad.

CONVENIOS DE LA OIT SOBRE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MATERNIDAD	
CONVENIOS	PRESTACIONES ECONÓMICAS
CONVENIO NÚM. 3 (1919)	Prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene.
CONVENIO NÚM. 103 (1952)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Son fijadas por la legislación nacional y deben ser suficientes para garantizar la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y un nivel de vida adecuado. ▪ No deberán representar menos de dos tercios de las ganancias anteriores tomadas en cuenta para computar las prestaciones.
CONVENIO NÚMERO 183 (2000)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Deberán establecerse en una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado. ▪ Cuando la legislación o la práctica nacionales prevean que las prestaciones deban fijarse con base en las ganancias anteriores, el monto de esas prestaciones no deberá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones.

TABLA 4.3. Detalle de las principales prestaciones médicas en las Recomendaciones de la OIT sobre protección de la maternidad.

RECOMENDACIONES DE LA OIT SOBRE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MATERNIDAD	
RECOMENDACIONES	PRESTACIONES MÉDICAS
RECOMENDACIÓN NÚM. 95 (1952)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Deberían tener por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales. ▪ Debería comprender: a) la asistencia médica general y la asistencia por especialistas en el hospital o fuera de él; b) la asistencia odontológica; c) la asistencia por una comadrona diplomada y otros servicios de maternidad; d) la asistencia por enfermeras; e) el mantenimiento; f) el suministro de artículos farmacéuticos, dentales u otros artículos médicos o quirúrgicos; y g) la asistencia prestada, bajo un control médico apropiado, por miembros de cualquier otra profesión a los que legalmente se considere competentes para proporcionar servicios vinculados a la asistencia de maternidad.

RECOMENDACIONES DE LA OIT SOBRE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MATERNIDAD	
RECOMENDACIÓN NÚM. 191 (2000)	<p>En la medida de lo posible, las prestaciones médicas deberían incluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ La asistencia de un médico de medicina general o de un especialista en su consultorio, a domicilio o en un hospital u otro establecimiento médico. ▪ La asistencia de maternidad de una comadrona diplomada o de otros servicios de maternidad a domicilio, o en un hospital u otro establecimiento médico. ▪ La estancia en un hospital u otro establecimiento médico. ▪ Todos los productos, farmacéuticos y médicos, exámenes y análisis necesarios prescritos por un médico u otra persona calificada. ▪ La asistencia odontológica y quirúrgica.

TABLA 4.4. Detalle de las principales prestaciones económicas en las Recomendaciones de la OIT sobre protección de la maternidad.

RECOMENDACIONES DE LA OIT SOBRE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MATERNIDAD	
RECOMENDACIONES	PRESTACIONES ECONÓMICAS
RECOMENDACIÓN NÚM. 95 (1952)	Siempre que sea posible, la tasa debería ser fijada en un 100 por ciento de las ganancias anteriores de la mujer que hayan sido tomadas en cuenta para computar las prestaciones.
RECOMENDACIÓN NÚM. 191 (2000)	Cuando sea posible, las prestaciones deberían elevarse a un monto igual a la totalidad de las ganancias anteriores o de las que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones.

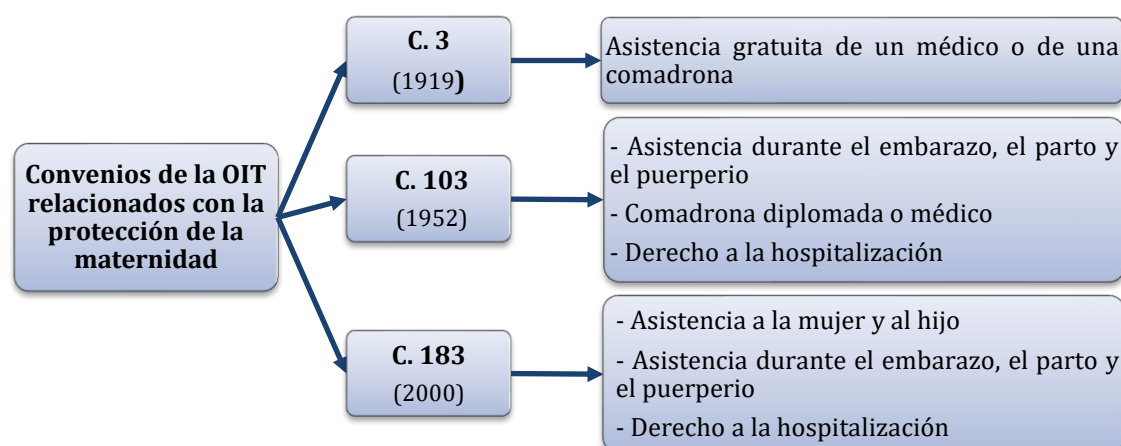


FIGURA 4.1. Esquema general con las principales prestaciones médicas incluidas en los convenios de la OIT sobre la protección de la maternidad.

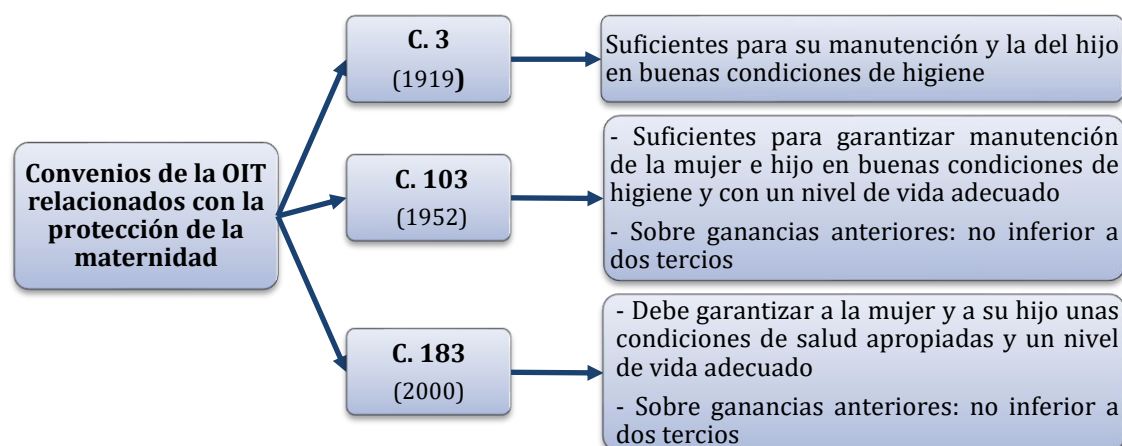


FIGURA 4.2. Esquema general con las principales prestaciones económicas o pecuniarias incluidas en los convenios de la OIT sobre la protección de la maternidad.

4.2.2. Las políticas comunitarias en la protección social de la maternidad

En segundo lugar, en el ámbito comunitario nos referimos a la Directiva 92/85/CEE, adoptada con base al art. 118 A del Tratado CE. En su articulado y con relación a las prestaciones económicas, establece que el permiso de maternidad deberá garantizar el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia. Dos consideraciones sobre estas prestaciones:

- 1. Ingresos adecuados:** la prestación económica se considerará adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales (art. 11 Directiva 92/85/CEE)¹²⁵⁹. En esta materia, la jurisprudencia europea admite que se produciría una situación desfavorable cuando la trabajadora perciba una prestación por maternidad en cuantía inferior a la que estuviera percibiendo en situación activa. Así, la STJUE de 01/07/2010 *Asunto Gassmayr C-194/08*, determina que la prestación deberá ser equivalente al salario medio que haya percibido durante un período de referencia anterior al inicio de dicho permiso, excluyéndose otros complementos salariales asociados a la actividad laboral presencial como, por ejemplo, el que se menciona en la sentencia, el complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo¹²⁶⁰.

¹²⁵⁹ La Declaración del Consejo y de la Comisión, anexa a la Directiva, matiza que dicha referencia “en modo alguno pretende equiparar el embarazo y el parto con una enfermedad”.

¹²⁶⁰ Argumento que igualmente se comparte en la STJUE de 14/07/2016 *Asunto Ornano C-335/15*, en la que se declara que “una magistrada ordinaria deja de percibir, durante sus períodos de permiso de maternidad obligatorio (...), una compensación correspondiente a las cargas que los magistrados ordinarios soportan en el ejercicio de su actividad profesional”, no es contraria a las disposiciones de la Directiva 92/85.

Igualmente, la cuantía de esta prestación para la mujer, debe garantizar que no suponga una discriminación salarial con respecto de los hombres, respetando en todo caso, el “principio de igualdad de retribución”. Sobre esta cuestión es interesante traer a colación la STJCE de 19/11/1998 *Asunto Handels C-66/96*, en la que se enjuicia una situación por la que la mujer trabajadora deja de percibir su salario cuando sufre una incapacidad laboral derivada de un estado patológico relacionado con el embarazo. El caso se refiere a una trabajadora que, antes de que comience su periodo de permiso por maternidad, se ve privada de su salario como consecuencia de una incapacidad laboral derivada de un proceso relacionado directamente con el embarazo, hecho que el tribunal califica como discriminatorio. Entiende el tribunal, que el embarazo no puede compararse como una patología, sin embargo, estima que es un “período durante el cual es posible que se produzcan trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste”. Estos procesos que pueden conllevar una incapacidad laboral, son considerados como “riesgos inherentes al embarazo”.

- 2. Requisitos específicos:** los Estados miembros tendrán la facultad de establecer determinados requisitos para que las trabajadoras tengan derecho a tales ventajas. Entre dichos requisitos, no se podrán contemplar en ningún caso períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto (art. 11 Directiva 92/85/CEE). Sobre este último requisito, la jurisprudencia europea se ha declarado en contra de la denegación de la prestación por maternidad, en un supuesto en el que una trabajadora en su condición de funcionaria que ha obtenido una excedencia por interés particular con el fin de ejercer una actividad como trabajadora por cuenta ajena, no haya efectuado, en el marco de esa actividad por cuenta ajena, el período mínimo de cotización exigido por el Derecho nacional para poder acceder a dicha prestación de maternidad, a pesar de haber trabajado más de doce meses inmediatamente antes de la fecha prevista para el parto¹²⁶¹.

En nuestra opinión, es escasa y poco ambiciosa la normativa que a nivel comunitario trata sobre prestaciones durante la maternidad en el trabajo. Si bien es cierto, como ya citamos en el *Capítulo 2* de este estudio, durante varios años, surgieron intentos de reforma de la Directiva 92/85/CEE en el sentido de mejorar y armonizar estos aspectos a nivel europeo. Se trataba de dar cumplimiento a las sugerencias realizadas por la OIT en su Recomendación núm. 191. Así, es interesante citar la Comunicación COM (2008) 637 final, que contenía propuesta de modificación de la Directiva 92/85/CEE. Se trataba de una iniciativa prioritaria dentro del programa de trabajo de la Comisión para 2008, que contribuiría a una mejor conciliación de la vida

¹²⁶¹ STJUE de 21/05/2015 *Asunto Rosselle C-65/14*.

profesional, privada y familiar. Se planteó con un triple objetivo: a) ampliar la duración mínima del permiso de maternidad de 14 a 18 semanas; b) ayudar a la trabajadora a recuperarse de los efectos inmediatos del parto, y facilitar a la vez su vuelta al mercado de trabajo al final de su permiso de maternidad; y c) mejorar los derechos laborales de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia¹²⁶².

En lo referente a prestaciones de maternidad, en el art. 1 de la propuesta de Directiva, se establece que “la prestación (...) se considerará adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, al último salario mensual o a un salario mensual medio, dentro de un posible límite máximo determinado por la legislación nacional. El límite no podrá ser inferior a la prestación recibida por la trabajadora, (...), en caso de una interrupción de actividad por motivos de salud de la trabajadora. Los Estados miembros podrán determinar el período para el cálculo de este salario mensual medio”. Por tanto, no se tomaría como referencia los ingresos que la trabajadora percibiría en caso de incapacidad por motivos de salud (que en muchos casos no alcanzaría el 100%), como así establecía la Directiva¹²⁶³.

Tras esta Comunicación, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo, emitió dos informes sobre esta propuesta de modificación de la Directiva. El primero de ellos, que se presentó en fecha 23/04/2009, introdujo a través de la Enmienda 57, modificaciones en la prestación económica durante la maternidad¹²⁶⁴. Así, se refería a “prestación equivalente cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, al último salario mensual o a un salario mensual medio. Al hacer los cálculos, se incluirán los incrementos salariales que se deriven de disposiciones legislativas o contractuales. La prestación equivaldrá al 100% del último salario mensual o al salario mensual medio durante el periodo de permiso obligatorio y no será inferior al 85% del último salario mensual o del salario mensual medio durante el periodo de permiso restante de la trabajadora afectada. Los Estados miembros podrán determinar el período para el cálculo de este salario mensual medio”. Se trataba de una propuesta de mejora sobre el texto inicial, que recogía los posibles incrementos salariales, concretando que la prestación sería equivalente al 100% del último salario mensual o al salario medio durante el periodo de permiso obligatorio. Asimismo, se garantizaba que no podría ser inferior al 85% del último salario mensual o del salario mensual medio del periodo restante. Así, la Exposición de Motivos modificada de la propuesta de reforma de la Directiva, incluía un nuevo objetivo: la remuneración durante el permiso de maternidad debía equivaler a un salario completo (referido al descanso obligatorio).

¹²⁶² Exposición de motivos de la Comunicación COM (2008) 637 final.

¹²⁶³ “Un aumento de la remuneración durante el permiso de maternidad permite que las mujeres en cuestión no sufran un perjuicio económico” (Comunicación COM (2008) 637 final de la Comisión, op. cit., pág. 6).

¹²⁶⁴ Documento de Sesión del Parlamento Europeo A6-0267/2009 (Informe RR\ 782204)

Sobre este asunto concreto –y el resto de enmiendas–, se debatió este primer informe en fecha 04/05/2009. Es interesante mencionar como el representante de la Comisión –Vladimír Špidla–, rechazaba las enmiendas relacionadas con la prestación económica por maternidad, afirmando que “la Comisión no está a favor de la propuesta presentada por el Parlamento de que se abonen completamente los salarios durante un periodo concreto de tiempo y de que se establezcan cantidades máximas para el resto del permiso de maternidad, porque ello desalentaría a las madres a agotar del todo su permiso de maternidad. Ésa es la razón por la cual, la Comisión no aconseja que se aprueben esas enmiendas”. Finalmente, el día 06/05/2009, fecha en la que estaba prevista la votación, no se consiguió acordar ningún texto de consenso, por lo que el Parlamento decidió remitir de nuevo el asunto a la Comisión¹²⁶⁵.

Tras esta vuelta a la Comisión, se elabora el segundo informe de fecha 05/03/2010, que introduce a través de la Enmienda 64 que “la trabajadora en permiso de maternidad recibirá la totalidad del salario y la prestación equivaldrá al 100 % del último salario mensual o del salario mensual medio”, clarificando en nuestra opinión, la forma en la que se determina la cuantía de la propia prestación. Sobre esta cuestión, la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, pidió a la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, competente para el fondo, que incorporara a su informe –entre otras–, la enmienda 43, que recuperaba la “prestación adecuada”, en lugar de equivalente, compartiendo el mismo texto en cuanto a la cuantía. La justificación se basó en el posible perjuicio económico hacia la trabajadora por el mero hecho de tener hijos¹²⁶⁶. Finalmente, tras la votación, se aprobó la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2010, en la que se consensuó el texto que se proponía en este segundo informe¹²⁶⁷.

En esencia, este segundo informe recogía la propuesta de que durante el permiso de maternidad se mantuviera una remuneración equivalente a un salario completo, añadiendo una sustancial mejora en la duración del permiso, pasando de las 14 semanas iniciales a las veinte que se proponían en este texto de 2010. Asimismo, se

¹²⁶⁵ Astrid Lulling, representante del Partido Popular Europeo (PPE), pidió esta remisión de vuelta en base al estado caótico de las 89 enmiendas al texto inicial. Edite Estrela, del Partido Socialista Europeo (PSE), mantenía la posición contraria, llegando a afirmar que “lamentablemente, el Consejo bajo Presidencia checa ha adoptado una actitud muy conservadora ante la promoción de la igualdad de género” (PARLAMENTO EUROPEO, “Debate sobre la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”, Estrasburgo, 6 de mayo de 2009. Enlace: <https://bit.ly/2FIXsV9>).

¹²⁶⁶ El pago del salario íntegro a las trabajadoras constituye una garantía de que las mujeres no sufran un perjuicio económico si deciden tener hijos. Muchos Estados miembros ya prevén el pago del 80 al 100 % del promedio de los ingresos durante el período de permiso de maternidad. Además, no se debe penalizar económicamente a las trabajadoras embarazadas por su decisión de tener un hijo.

¹²⁶⁷ Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 20 de octubre de 2010 con vistas a la adopción de la Directiva 2011/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, 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 período de lactancia, y de medidas de apoyo a los trabajadores para conciliar la vida profesional y familiar.

proponía una modificación del art. 8 de la Directiva 92/85/CEE, sobre la remuneración en las cuatro últimas semanas del permiso de maternidad, que no debía ser inferior al 100 % del último salario mensual o del salario mensual medio, o “podrá representar la media de la remuneración relativa a las veinte semanas del permiso de maternidad, que ascenderá al menos al 75 % del último salario mensual o del salario mensual medio conforme a lo estipulado por la legislación nacional, dentro de un posible límite máximo determinado por la legislación nacional”.

El mandato de esta Resolución legislativa era transmitir esta posición del Parlamento al Consejo, a la Comisión y a los Parlamentos nacionales. Ante las dificultades que la Comisión estaba planteando, la Presidencia Europea de septiembre de 2014, mantuvo contactos informales con la ponente del Parlamento, que manifestó su voluntad de reanudar el diálogo con el Consejo sobre esta propuesta de Directiva, respaldada por la Presidenta de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, defendiendo el mandato del Parlamento Europeo de 20/10/2010¹²⁶⁸. Finalmente, tras la posición adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo no llegó a ningún acuerdo, por lo que la Comisión retiró la propuesta en 2015^{1269 1270}.

Tras este fallido intento, se retomaron los esfuerzos por lograr un consenso mayoritario y así poder modificar la Directiva. Para ello, el Parlamento Europeo aprobó en fecha 20/05/2015, una Resolución sobre el permiso de maternidad (2015/2655(RSP)), en la que lamentaba el bloqueo en el Consejo de la propuesta de Directiva sobre el permiso de maternidad e instaba a los Estados miembros a que reanudaran las negociaciones al respecto¹²⁷¹. Asimismo, lamentaba el hecho de que la Comisión pudiera retirar la propuesta de revisión de la Directiva, sin cumplir con su deber de exponer al Parlamento y al Consejo, los motivos de esa retirada y de atenerse a los principios de atribución de poderes, equilibrio institucional y cooperación leal. Este bloqueo institucional reflejaba los retos de la situación económica del momento, coincidiendo con la transición y la renovación de las instituciones de la UE¹²⁷².

La situación actual de incertidumbre de la Unión Europea, con retos por resolver, como el impacto que provocará en los próximos años la salida del Reino Unido de las instituciones de la Unión Europea (proceso conocido como *Brexit*), los estragos sociales y económicos de la emergencia sanitaria debida al *coronavirus*

¹²⁶⁸ COLINA ROBLEDOS, M., “Balance de la actividad del Consejo de la Unión Europea en materia de relaciones laborales y condiciones de trabajo, protección, inclusión social y seguridad social, política social e igualdad, 2014-2015”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 132, 2017, págs. 343-344.

¹²⁶⁹ Declaraciones de la Eurodiputada española Iratxe García Pérez (PSE), tras la cuestión específica planteada para este estudio concreto (fecha: 26/11/2018).

¹²⁷⁰ Retirada de propuestas de la Comisión (2015/C 257/10). Justicia, Consumidores e Igualdad de Género. «DOUE» de 06/08/2015).

¹²⁷¹ «DOUE» de 27/09/2016.

¹²⁷² COLINA ROBLEDOS, M., “Balance de la actividad...”, op. cit., pág. 344.

COVID-19 y el estancamiento económico del continente, así como la debilidad económica mundial en general (debido fundamentalmente a las crecientes tensiones comerciales y geopolíticas), no facilitan la configuración de una escena que permita a todos los agentes implicados, debatir y acordar medidas de protección de la maternidad, superando una normativa europea que data de 1992.

4.2.3. La protección de la maternidad en el ámbito nacional

4.2.3.1. Las prestaciones por maternidad en el primer tercio del siglo XX

Y, en tercer lugar, en el ámbito interno, la Ley de 13 de marzo de 1900, acerca del trabajo de mujeres y niños, marcó el comienzo legislativo de la protección de la maternidad en España¹²⁷³. Esta norma se enmarcaba en el modelo de relaciones laborales surgido de la Revolución Industrial y en el fuerte rechazo social del trabajo femenino. “Una buena parte de la sociedad opinaba que el sitio de la mujer estaba en el hogar. El jornal de la mujer fue considerado más una ayuda que un medio de vida familiar, a pesar de que con frecuencia fue el único sostén de la familia pobre. La mayoría de las trabajadoras fueron obreras viudas, esposas abandonadas con hijos, solteras con padres enfermos y viejos, etc.”¹²⁷⁴. El contexto socioeconómico de la época, propiciaba la necesidad del trabajo para muchas mujeres de clase social baja, pagándoles salarios de miseria e imponiéndoles condiciones laborales muy penosas en todos los órdenes, jornadas abusivas, falta absoluta de seguridad, salubridad, higiene, etc. Así, esta situación conllevaba irremediabilmente nefastas consecuencias del trabajo femenino sobre la maternidad¹²⁷⁵. La mortalidad de las mujeres durante el parto, representaba una media anual de 3.300 muertes (de 1906 a 1926); asimismo, cerca de 17.000 mil niños fallecían anualmente en el parto y más de 97.000 lo hacían antes de cumplir el primer año de vida (datos que se agravaban cuando los fallecimientos correspondían a las clases obreras)¹²⁷⁶. Por ello, fue un gran logro para la época promulgar esta norma, que en su art. 9, establecía que “no se permitirá el trabajo a las mujeres durante las tres semanas posteriores al alumbramiento”, con reserva del puesto de trabajo. Asimismo, se les reconocía un derecho de ausencia del trabajo durante una hora al día con motivo de la lactancia. Con esta medida, aparecía

¹²⁷³ *Gaceta de Madrid* núm. 73, de 14 de marzo de 1900. Se aprobó siendo presidente del Consejo de Ministros Francisco Silvela y de Le Vielleuze y tenía su origen en el Proyecto de Ley que el ministro de la Gobernación, Eduardo Dato, remitió al Senado en 1889. La fuerte oposición obrera fue posiblemente la razón fundamental para que se demorase tanto su conversión en ley. “Asimismo el crecimiento de la conflictividad social a finales del siglo XIX, protagonizada por un movimiento obrero en franco desarrollo, engrasó la maquinaria legislativa para la aparición de la primera legislación protectora del trabajo de la mujer” (NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “La licencia por maternidad de la trabajadora”, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pág. 25).

¹²⁷⁴ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Los orígenes de la protección por maternidad”, *Revista de Fomento Social*, núm. 225, 2002, pág. 26.

¹²⁷⁵ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “La licencia por maternidad...”, op. cit., págs. 20-21.

¹²⁷⁶ AZNAR EMBID, S., “El seguro obligatorio...”, op. cit., pág. 186.

por primera vez el mecanismo de la suspensión del contrato de trabajo con la finalidad de proteger la continuidad de la relación laboral cuando la trabajadora disfrutase del descanso por maternidad. Desde la promulgación de esta normativa, al menos en el plano formal, las ausencias de la mujer con motivo del alumbramiento ya no resolverían el contrato de trabajo¹²⁷⁷.

En cualquier caso, fue una medida novedosa, aunque poco efectiva, puesto que se produjeron altas tasas de incumplimientos. Al no contemplar el legislador ningún tipo de prestación económica para la mujer durante la licencia de maternidad, las mujeres, si dejaban de acudir a su puesto de trabajo durante las citadas tres semanas posteriores al parto, “era a costa de desatender las necesidades básicas de sus familias”¹²⁷⁸. Con esta configuración legal, era irremediable que la trabajadora se viera obligada a trabajar después del parto, puesto que “a la mujer, antes y después del parto, se le concedían derechos que no podía hacer efectivos” y se le imponían deberes que no podía cumplir sino “a costa de su pan” y de la seguridad de su colocación en la empresa para la que trabajaba, lo cual significaba hacerlos gravosos y odiosos. “La Ley que quería proteger a la mujer, despertaba en ella un interés irresistible por burlarla, por no aprovecharse de sus beneficios, a los que valoraba en menos que sus perjuicios. Ni les aseguraba una pensión, para poder comer los días que podían reposar, ni les garantizaba una asistencia facultativa adecuada para atender a las necesidades de la salud privada de la madre y de la sanidad pública”¹²⁷⁹. Por tanto, en realidad, no se protegía a la mujer gestante, sino que la norma buscaba reducir los altos índices de mortalidad infantil y abortos derivados de la realización de trabajos penosos¹²⁸⁰.

Pero las trabajadoras, no eran las únicas que incumplían esta norma, sino que fue sistemáticamente ignorada por los patronos de la época, que sostuvieron una inexplicable resistencia frente a ella, por ser restrictiva de sus privilegios¹²⁸¹. Asimismo, la organización encargada de vigilar y exigir su cumplimiento, compuesta fundamentalmente por las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales y la Inspección de Trabajo, no desarrolló una labor muy eficaz en este terreno, puesto que, entre otras causas, no existió una mínima infraestructura administrativa para poder exigir su cumplimiento^{1282 1283}.

¹²⁷⁷ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “La licencia por maternidad...”, op. cit., pág. 29.

¹²⁷⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental...”, op. cit., pág. 347.

¹²⁷⁹ AZNAR EMBID, S., “El seguro obligatorio...”, op. cit., pág. 185.

¹²⁸⁰ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “La mujer trabajadora en el derecho histórico del trabajo en España”, Editorial Comares, Granada, 2019, pág. 11. Incluso este autor, ha llegado a destacar la escasa eficacia práctica de esta norma y el carácter simbólico de la misma (pág. 12).

¹²⁸¹ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “La licencia por maternidad...”, op. cit., pág. 36

¹²⁸² MARTÍN VALVERDE, A. et al., “La legislación social en la Historia de España (de la Revolución Liberal a 1936)”, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, págs. 50-51.

¹²⁸³ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “La licencia por maternidad...”, op. cit., pág. 27.

Esta norma de comienzos de siglo, se desarrolló mediante el Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, por el que se aprobaba el “Reglamento para la aplicación de la ley de 13 de marzo de 1900, acerca del trabajo de mujeres y niños”¹²⁸⁴. En su capítulo II, dedicado íntegramente al trabajo de las mujeres, establecía en su art. 18, que las embarazadas que hubieran alcanzado el octavo mes de gestación, podían solicitar el cese en el trabajo, reservándoles el puesto hasta tres semanas posteriores al parto, ampliándose una semana más cuando por motivos de salud no se pudiera incorporar a su trabajo por prescripción facultativa. Esta norma no contemplaba ningún tipo de compensación económica durante el cese en el trabajo por motivo del embarazo.

A comienzos del Reinado de Alfonso XIII, se aprobó la Ley de 8 de enero de 1907, por la que se modificaba el art. 9, sobre la protección de la maternidad, de la Ley de 13 de marzo de 1900¹²⁸⁵. Como ya citábamos en el *Capítulo 2* de este estudio, los principales cambios se centraron en la ampliación del periodo de descanso posterior al parto, ampliación del periodo de reserva del puesto de trabajo y garantía de cese en el trabajo para las mujeres embarazadas que se encontraran en el octavo mes de gestación. En lo que a prestaciones económicas se refiere, la norma no recogía ninguna mejora al respecto, olvidándose de la forma en la que la mujer debía subsistir durante los descansos por maternidad. La clase obrera exigía un sistema indemnizatorio basado en prestaciones económicas en favor de la madre. Los autores de la época señalaban que la norma requería del necesario complemento de una prestación económica a favor de la madre. Así, se reclamaba la necesidad de que, junto con la reserva del puesto de trabajo, se otorgara a las parturientas una pequeña pensión¹²⁸⁶.

Como consecuencia de la ratificación por España del Convenio núm. 3 de la OIT, se modificó nuevamente el citado art. 9, por el Real Decreto de 21 de agosto de 1923, por el que se aplicaban las novedades contenidas en el convenio¹²⁸⁷. En lo que respecta a las prestaciones, una de las modificaciones más importantes fue que la trabajadora embarazada tenía derecho a la “asistencia gratuita de un médico o de una comadrona y a una indemnización diaria suficiente para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene”, prestación que hasta el momento no percibía. También se puso en marcha la denominada “Caja del Seguro obligatorio de Maternidad”, que establecía las bases de un sistema prestacional para la trabajadora durante la

¹²⁸⁴ *Gaceta de Madrid* núm. 319, de 15 de noviembre de 1900.

¹²⁸⁵ *Gaceta de Madrid* núm. 10, de 10 de enero de 1907.

¹²⁸⁶ GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La protección de la maternidad...”, op. cit.

¹²⁸⁷ Fue ratificado por España el 13/07/1922, promulgándose una ley, en la que se autorizaba al Gobierno para aplicarlo. Como nota histórica, señalar que España colaboró de forma activa en la redacción y aprobación de este Convenio. Así, en octubre de 1919, participó en Washington en la primera conferencia internacional impulsada por la Sociedad de las Naciones para promover una legislación internacional del trabajo. Uno de los proyectos de Convenio fue el relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, y gracias a la eficaz intervención de la representación española en su redacción, el alcance de la norma se extendió a la mujer que trabajaba en establecimientos comerciales y no solamente a los de la industria (AZNAR EMBID, S., “El seguro obligatorio...”, op. cit., págs. 183 y siguientes).

maternidad. Con esta medida se dio un paso importante por el que se sentaron los fundamentos del actual sistema protector de la maternidad¹²⁸⁸.

En cualquier caso, aunque no se pueda afirmar que esta norma implantase un Seguro de Maternidad, sí sentó definitivamente las bases y aportó una solución transitoria hasta la creación del mismo¹²⁸⁹. Estos fundamentos fueron el origen del Seguro de Maternidad de carácter obligatorio, que se instauró tras la aprobación del Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929^{1290 1291 1292}. En la Exposición de esta norma se describía al Seguro de Maternidad como necesario para: 1) cumplir un compromiso internacional (Convenio núm. 3 OIT); 2) acabar con la incoherencia de imponer un descanso, con pérdida del salario y sin la indemnización correspondiente; y 3) velar por la vida y salud de la “madre obrera” y de sus hijos y, por consiguiente, “aumentar el valor biológico de la raza”¹²⁹³. Así, el Seguro de Maternidad fue diseñado a lo largo de los años veinte y puesto en marcha durante la II República como una fórmula para

¹²⁸⁸ Sin embargo, hubo autores que criticaron esta reforma, puesto que el legislador únicamente se comprometía a iniciar una investigación que sirviera de base para la organización de una caja de la maternidad (GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 3).

¹²⁸⁹ GONZÁLEZ POSADA, C., “Los seguros sociales”, ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1929, pág. 1 y siguientes.

¹²⁹⁰ *Gaceta de Madrid* núm. 83, de 24 de marzo de 1929. Tuvo su origen en un anteproyecto de fecha 22/06/1928, informado favorablemente por el Consejo de Trabajo. Esta norma fue aprobada durante el Reinado de Alfonso XIII, cuando era Ministro de Trabajo, Comercio e Industria, Eduardo Aunós Pérez, nombrado por Miguel Primo de Rivera y Orbaneja. “Aunós desarrolló una intensa labor reformista, orientada básicamente en dos sentidos: las medidas de mejora social de las clases trabajadoras y la organización de las relaciones laborales en torno a un modelo corporativo, parcialmente inspirado en el catolicismo social, pero también en el fascismo italiano. Heredero de la obra del Instituto de Reformas Sociales, su Ministerio elaboró medidas de amplio alcance, como la Ley de Casas Baratas, las de implantación del Seguro de Maternidad, de trabajo a domicilio y de descanso nocturno de la mujer, la ley de parcelación de fincas rústicas o la aplicación del convenio internacional de regulación de la jornada de ocho horas”. (REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, “Biografía de Eduardo Aunós Pérez”. Enlace: <https://bit.ly/3glxujU>).

¹²⁹¹ Norma preparada por el Instituto Nacional de Previsión (INP), organismo de protección social creado por Antonio Maura y promulgado por Alfonso XIII por la Ley del 27 de febrero de 1908. Continuó existiendo hasta 1978, cuando se reorganizó su estructura. Constituyó la primera institución oficial encargada de la Seguridad Social y de la asistencia sanitaria en España. Asimismo, fue informado favorablemente por el Consejo de Trabajo y la Asamblea Nacional.

¹²⁹² Para algunos autores, como ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “La mujer trabajadora...”, op. cit., pág. 45 y CUESTA BUSTILLO, “Hacia el seguro de maternidad: la situación de la mujer obrera en los años veinte”, en GARCÍA-NIETO (Ed.), “Ordenamiento jurídico y realidad social de las mujeres: siglos XVI a XX: actas de las IV Jornadas de Investigación Interdisciplinaria”, Universidad Autónoma de Madrid, 1986, pág. 329, el Seguro de Maternidad se aprobó con un evidente retraso con respecto a otros países de nuestro entorno.

¹²⁹³ La maternidad estaba investida de un significado que trascendía la experiencia individual y subjetiva de las mujeres para adquirir una dimensión social y nacional más amplia, se trataba por tanto de un servicio a la Nación. Por ello, muchos autores estiman que los derechos de las mujeres como madres iban ligados a sus deberes con respecto a la comunidad nacional, para luchar contra la despoblación, al igual que ocurría en el resto de Europa (CENARRO LAGUNAS, A., “La protección de la maternidad en el primer franquismo: pervivencia y revisión del seguro obligatorio de maternidad (1938-1942)”, en “La Historia, lost in translation? Actas del XIII Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea”, coord. GONZÁLEZ MADRID, D.A., et al., Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2017, pág. 2757).

proteger el “riesgo biológico” que suponía el embarazo, el parto y la crianza para las trabajadoras¹²⁹⁴.

Sobre los contenidos de este Real Decreto Ley, indicar que se trataba de una norma breve de 21 artículos, de los que queremos mencionar los siguientes:

- **Objetivos (art. 1):** 1) garantizar a la asegurada la asistencia facultativa en el embarazo y en el parto; 2) garantizarle los recursos necesarios para que pueda cesar en su trabajo antes y después del parto; y 3) fomentar la creación y sostenimiento de Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia.
- **Ámbito de aplicación personal (art. 2):** eran beneficiarias de este seguro, todas las “obreras y empleadas” inscritas como tales en el Régimen Obligatorio de Retiro Obrero, con independencia de su edad, nacionalidad y estado civil¹²⁹⁵. Literalmente recogía la norma que “las beneficiarias, que serán todas las asalariadas, excepto las dedicadas al servicio doméstico”. De esta forma, quedaban excluidas más de un tercio del total de mujeres que realizaban trabajos asalariados. Algunos autores, afirman que uno de los motivos esenciales son las razones de carácter moral, puesto que, “no resulta necesaria dicha protección, dado que las empleadas de hogar son, en su inmensa mayoría, solteras y, en la mentalidad de la época, resultaba inconcebible pretender extender las garantías relacionadas con la maternidad a mujeres no casadas”¹²⁹⁶.
- **Beneficios (arts. 3, 12 y 6):** que estaban directamente relacionados con los objetivos de esta norma. La trabajadora tenía derecho a: 1) prestaciones médicas durante el parto, a la asistencia de Comadrona o Médico y de Farmacia; y a los servicios facultativos que reglamentariamente se determinen durante los periodos de gestación y puerperio; 2) prestaciones económicas durante el descanso, que era obligatorio en las seis semanas posteriores al parto. Tenía derecho a una indemnización desde las seis semanas antes del parto y siempre que hubiera una declaración del Médico o de la Comadrona, en la que previera que sobrevendría el parto probablemente dentro de ese período; y 3) la utilización gratuita de las Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia que, por iniciativa o con auxilio de este Seguro, se vayan constituyendo.
- **Indemnización (art. 5):** durante el periodo de reposo legal, la trabajadora tenía derecho a la cantidad de 15 pesetas por cada cuota trimestral del Seguro de Maternidad que por ella se hubiera satisfecho, dentro del trienio anterior a la

¹²⁹⁴ MARTÍNEZ MORENO, C., “El seguro de maternidad” en GARCÍA MURCIA, J., et. al., “Legislación histórica de previsión social”, Aranzadi, 2009, págs. 91-103.

¹²⁹⁵ Según MONTALVO CORREA, J., “Fundamentos de Derecho del Trabajo”, Civitas, Madrid, 1975, pág. 206, serían obreras aquellas trabajadoras a las que les ligó con el patrono una relación habitual y personal de prestación de servicios manuales, por cuenta ajena “cuasi-subordinada” y fuera de su domicilio.

¹²⁹⁶ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “La mujer trabajadora...”, op. cit., pág. 48

primera semana de reposo. Todo ello, con independencia del número de partos de la asegurada en ese periodo.

- **Requisitos (art. 5):** para el nacimiento de estos derechos, el legislador determinó el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) que la asegurada hubiera estado inscrita en el Seguro de Maternidad durante al menos, los dieciocho meses inmediatamente anteriores al parto; 2) que estuviera al corriente en sus cuotas del Seguro de Maternidad; 3) que, a ser posible, durante el embarazo, o al menos dentro de los dos meses anteriores al parto, fuera reconocida y asesorada facultativamente; y 4) que hubiera justificado, en la forma y en los casos que se determinasen en el Reglamento, que utilizó la asistencia facultativa y descansó en el periodo de reposo legal.
- **Fondo maternal e infantil (art. 6):** se creaba para facilitar la creación de las Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia. Se financiaba con: 1) el veinte por ciento de los excedentes del Seguro de Maternidad (según art. 12); 2) una cantidad proporcional aportada por el Estado y fijada según el resultado del ejercicio económico anterior; 3) un subsidio del Estado para premios a la lactancia; 4) las subvenciones fijas o donativos de Ayuntamientos, Diputaciones, entidades mutualistas o patronales, y, en general, de cualquier persona natural o moral; y 5) las multas que daba lugar la aplicación del Seguro de Maternidad.
- **Prohibiciones de las beneficiarias (arts. 7 y 9):** 1) enajenar o vender la prestación económica, ni siquiera a la Mutualidad a la que perteneciera; 2) atentar contra la vida del hijo o abandonarlo (en caso de abandono, el particular o la entidad social que lo cuidara, tendría derecho a percibir la prestación económica); y 3) trabajar durante el reposo obligatorio. Si se incumplían estas obligaciones, se perdía el derecho al Seguro de Maternidad.

Tras la aprobación de esta norma de 1929, se aprobó y publicó el Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad (Real Decreto de 29 de enero de 1930¹²⁹⁷). Se trataba de un texto de 105 artículos, en los que se establecían las características de las beneficiarias y los beneficios, así como el procedimiento para solicitar la prestación económica.

A modo de resumen, se citan aquellos artículos que regulaban aspectos relacionados con la prestación económica por maternidad:

- **Beneficiarias (arts. 2-4):** todas aquellas trabajadoras inscritas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero, con independencia de su estado civil o nacionalidad, siempre que reunieran los siguientes requisitos: a) ser asalariadas; b) tener por remuneración de trabajo un ingreso que por todos los conceptos no exceda de la cantidad requerida para ser inscrita en el Régimen Obligatorio de Retiro Obrero; y

¹²⁹⁷ *Gaceta de Madrid* núm. 32, de 1 de febrero de 1930.

c) tener cumplidos los dieciséis años y no haber cumplido los cincuenta. Sobre la edad, el art. 43 determinaba que aquellas mujeres que no se encontraran en este rango de edad y que cumplieran el resto de requisitos, podrían ser beneficiarias de este seguro, estando exentas de la obligación de cotizar, así como los respectivos patronos. Sobre el primer requisito, el propio Reglamento determinaba de forma muy detallada, que se entendía por asalariada: 1º) todas las obreras y empleadas, cualquiera que fuera su clase de trabajo en establecimiento industrial, sanitario, mercantil o agrícola, y la forma de su remuneración, con excepción de las del servicio exclusivamente doméstico; 2º) las trabajadoras a domicilio y las destajistas; 3º) las obreras y empleadas en despachos y oficinas de las Asociaciones y Sociedades y entidades de todo orden, aunque el objeto de su actividad total o parcial no fuera la obtención de un lucro, sino la prestación de un servicio público, benéfico o social; 4º) las obreras y empleadas de Diputaciones, Ayuntamiento o instituciones oficialmente autónomas, sujetas al Régimen obligatorio del Retiro obrero; y 5º) las que, sin ser propiamente obreras ni empleadas, prestaran en cualquiera de los grupos anteriores un servicio habitual de carácter intelectual por obligación contraída por nombramiento o por contrato escrito o verbal.

El censo de obreras y empleadas, era responsabilidad del Instituto Nacional de Previsión (INP) y las Cajas colaboradoras.

- **Libreta de identidad (art. 5):** para el establecimiento de un control efectivo de las prestaciones que se otorgaban en base a las cotizaciones por este Seguro, el Real Decreto determinaba que a todas las aseguradas se les entregaba gratuitamente por la entidad aseguradora una libreta, que tenía el carácter de documento de identidad para el Seguro, según modelo aprobado por el Instituto y que debía comprender: a) la expresión de sus derechos en el Seguro de Maternidad; b) la enumeración de sus deberes; c) la mención de los servicios que se le presten; y d) las observaciones de las Visitadoras y de los Inspectores.

Cuando por cualquier causa hubiera de expedirse un duplicado de la libreta, la interesada debía abonar su importe.

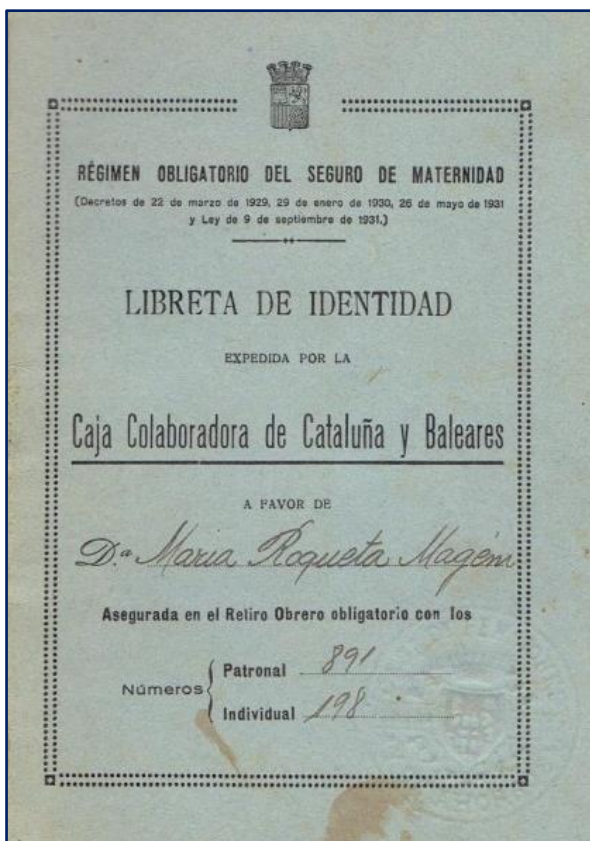


FIGURA 4.3. Modelo de Libreta de Identidad del Régimen del Seguro Obligatorio de Maternidad (1931). Portada de identificación.

- 8 -

COTIZACIONES PATRONALES Y OBRERAS

La cotización debe hacerse por el patrono para el que la obrera trabaja primeramente en cada trimestre, anotando en la casilla correspondiente.

No	Trimestre	Importe (Pesetas)	PATRONO (Nombre y Domicilio)
1054	Primera	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Segunda	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Tercera	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Cuarta	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
1055	Primera	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Segunda	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Tercera	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Cuarta	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
1056	Primera	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Segunda	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Tercera	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Cuarta	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
1057	Primera	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Segunda	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Tercera	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Cuarta	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
1058	Primera	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Segunda	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Tercera	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Cuarta	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
1059	Primera	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Segunda	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Tercera	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.
	Cuarta	5.75	Antonio Balda y Balda, S. de C.

- 9 -

No	Trimestre	Importe (Pesetas)	PATRONO (Nombre y Domicilio)
1055	Primera	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Segunda	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Tercera	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Cuarta	5.75	Balda y Balda, S. de C.
1056	Primera	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Segunda	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Tercera	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Cuarta	5.75	Balda y Balda, S. de C.
1057	Primera	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Segunda	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Tercera	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Cuarta	5.75	Balda y Balda, S. de C.
1058	Primera	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Segunda	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Tercera	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Cuarta	5.75	Balda y Balda, S. de C.
1059	Primera	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Segunda	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Tercera	5.75	Balda y Balda, S. de C.
	Cuarta	5.75	Balda y Balda, S. de C.

FIGURA 4.4. Modelo de Libreta de Identidad del Régimen del Seguro Obligatorio de Maternidad (1931). Cotizaciones patronales y obreras.

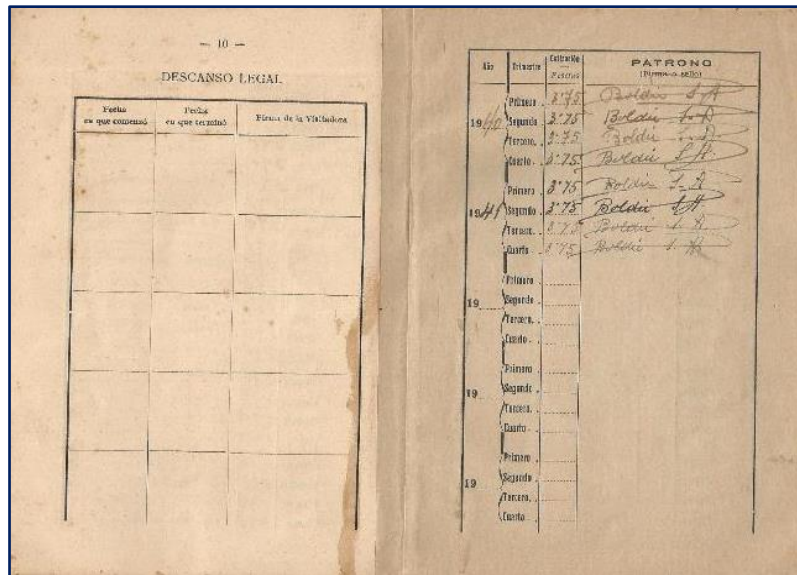


FIGURA 4.5. Modelo de Libreta de Identidad del Régimen del Seguro Obligatorio de Maternidad (1931). Cuadrante de descansos legales.

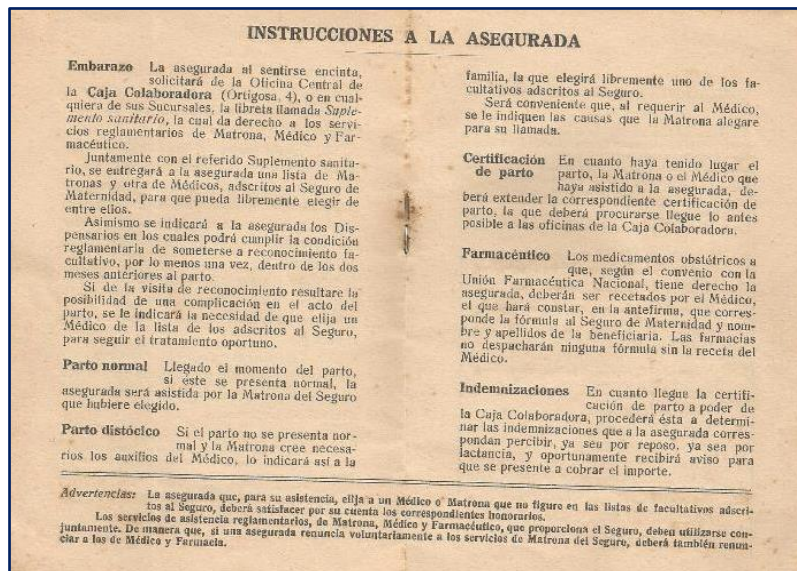


FIGURA 4.6. Modelo de Libreta de Identidad del Régimen del Seguro Obligatorio de Maternidad (1931). Instrucciones a la asegurada.

- **Beneficios (art. 6):** a) a la asistencia gratuita de matrona, médico y farmacia; b) a la indemnización que correspondiera por razón del descanso; c) a la utilización gratuita de las Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia que puedan ponerse a su disposición; d) a un subsidio cuando lacte su hijo; y e) a una indemnización extraordinaria en casos especiales como el de una enfermedad persistente del hijo, una operación quirúrgica a la madre o de enfermedad derivada del parto, un parto múltiple o un paro forzoso de la madre que exceda de seis semanas de descanso legal, y al que el parto dio ocasión.

- **Indemnización por descanso (arts. 23, 29 y 31):** la beneficiaria recibiría una indemnización por interrupción en el trabajo y para atender a su manutención y a la de su hijo. La indemnización en cada parto estaría constituida por la cantidad de 15 pesetas por cada cuota trimestral del Seguro de Maternidad, que por la beneficiaria se haya satisfecho dentro de los tres años anteriores a su primera semana de reposo, cualquiera que sea el número de partos de la asegurada durante ese período de tiempo.

La cuantía que le correspondía a la trabajadora, era una cantidad fija en proporción al número de cuotas trimestrales satisfechas en los tres años anteriores a la primera semana de reposo legal próxima al parto. Si las beneficiarias así lo estimaban, podían aumentar la cuantía de su indemnización, mediante imposiciones voluntarias o ingresando o continuando a este fin en una Sociedad de socorros mutuos o Mutualidad.

- **Requisitos para tener derecho a la indemnización (art. 25):** a) que la asegurada hubiera estado inscrita en el Seguro de Maternidad, por lo menos dieciocho meses antes del parto; b) que estuviera al corriente de sus cuotas del Seguro de Maternidad; c) que, a ser posible, al sentirse encinta, o al menos dentro de los dos meses anteriores al parto, fuera reconocida y asesorada facultativamente; y d) que justificara que utilizó la asistencia facultativa que hubiere tenido a su disposición, que descansó en el período de reposo legal y que veló por la vida de su hijo. Esta justificación se haría semanalmente, mediante certificación de la Visitadora, y, en su defecto, de la matrona con el visto bueno del presidente de la entidad cooperadora local, y en su defecto, por el alcalde o el párroco, dejando siempre a salvo los deberes y derechos de la inspección médica.
- **Periodo de descansos (arts. 27, 28 y 30):** entendido como la cesación durante las seis semanas anteriores al parto y hasta las seis semanas posteriores al alumbramiento, de todo trabajo que, a juicio del Médico o de la Matrona, pueda ejercer influencia nociva sobre el parto, sobre la madre o el hijo. La beneficiaria tenía la obligación de descansar las seis semanas posteriores al parto y el derecho a descansar hasta seis semanas inmediatamente antes del parto. En el primer caso, la indemnización que le correspondía se reflejaba en el art. 23 y en el segundo, tendría derecho a recibir 2,50 pesetas por cada día de trabajo que hubiera perdido.
- **Subsidio de lactancia (arts. 38-39):** con el fin de mejorar la nutrición de la madre, la beneficiaria que lactara a su hijo tenía derecho a un subsidio de lactancia de 5 pesetas por semana y por hijo que lacte. Las entidades cooperadoras estaban autorizadas para entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar aquel fin, siempre asegurándose la calidad de los productos por parte de la Visitadora. Se podía disfrutar durante un periodo máximo de diez semanas.
- **Indemnizaciones especiales (arts. 40-42):** que eran posibles siempre que el fondo dedicado a tal fin lo permitiera. Se trataba de cubrir las siguientes

contingencias: a) enfermedades persistentes del hijo desde el fin del plazo legal del descanso hasta terminar el sexto mes posterior al parto; b) operaciones quirúrgicas a la madre por enfermedades derivadas del parto; c) partos múltiples; y d) paro forzoso de la madre que exceda de los plazos en que tiene derecho a que se le reserve la plaza, según el Real Decreto de 21 de agosto de 1923.

A pesar de que la norma que regula inicialmente este Seguro de Maternidad data de 1929, no fue hasta dos años más tarde cuando “se declaró subsistente” y se implantó de forma efectiva con la aprobación y publicación del Decreto de 26 de mayo de 1931, tras la proclamación de la II República¹²⁹⁸. En esta norma, se determinaba que la aplicación del Seguro de Maternidad, comenzaría el 1 de octubre de ese mismo año, estableciendo la cuantía de las cuotas por este concepto. Así, las cuotas trimestrales se fijaron en 1,90 pesetas para la patronal y 1,85 pesetas para la trabajadora. Sistema que se distanciaba de otros modelos europeos que, salvo Italia, el seguro era sufragado íntegramente por el Estado¹²⁹⁹. La única modificación que introdujo el nuevo texto republicano, fue que la mujer tendría derecho a todos los beneficios del seguro, aun cuando el empresario no cumpliera con la obligación del pago de su cuota (art. 3 Decreto de 26 de mayo de 1931). Diversos autores destacan la importancia de este Seguro y de los efectos positivos del mismo, destacando la inscripción de más de 700.000 mujeres en 1935 y la reducción de mortalidad entre madres e hijos¹³⁰⁰.

En julio de 1938, durante la Guerra Civil, se aprobó la Ley de Subsidios Familiares, que creaba un Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares, con el objetivo de “proporcionar a los trabajadores por cuenta ajena, un auxilio económico en relación con el número de hijos o asimilados a ellos que, tengan a su cargo y vivan en su hogar”¹³⁰¹. Esta prestación económica se concedía a partir del segundo hijo –menor de 14 años–, a todo trabajador por cuenta ajena, con independencia de su estado civil, edad, sexo, forma y cuantía de la remuneración y clase de trabajo. Por tanto, se trataba de una norma que no reconocía directamente prestaciones económicas en base al parto de la trabajadora, puesto que la prestación ni siquiera la percibía la madre, sino que era el “jefe de la familia” el encargado de percibir el auxilio económico. Así, establecía que se había de otorgar al trabajador la cantidad de bienes indispensables para que “aunque su prole sea numerosa (así lo exige la Patria), no se rompa el equilibrio económico de su hogar y llegue la miseria, obligando a la madre a buscar en

¹²⁹⁸ *Gaceta de Madrid* núm. 147, de 27 de mayo de 1931. Sancionado como Ley de la República, el 9 de septiembre de 1931 (*Gaceta de Madrid* núm. 253, de 10 de septiembre de 1931). Esta norma fue rubricada por Niceto Alcalá-Zamora y Torres, como presidente del Gobierno Provisional de la República y siendo Ministro de Trabajo y Previsión, Francisco L. Caballero.

¹²⁹⁹ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “La mujer trabajadora...”, op. cit., pág. 73.

¹³⁰⁰ Por todos, NÚÑEZ PÉREZ, M.G., “La implantación y los resultados del Seguro de Maternidad en la segunda república”, en GARCÍA-NIETO (Ed.), *Ordenamiento jurídico y realidad social de las mujeres: siglos XVI a XX: actas de las IV Jornadas de Investigación Interdisciplinaria*, Universidad Autónoma de Madrid, 1986, pág. 371.

¹³⁰¹ «BOE» núm. 19, de 19/07/1938.

la fábrica o taller un salario con que cubrir la insuficiencia del conseguido por el padre, apartándola de su función suprema e insustituible, que es la de preparar sus hijos, arma y base de la Nación, en su doble aspecto espiritual y material”¹³⁰².

En cualquier caso, esta norma no interfería en el Seguro de Maternidad vigente en ese momento, puesto que como se reconoce en estudios específicos de la época y “sobre la documentación consultada en el archivo del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), quedaba fuera de toda duda que la élite dirigente del INP, así como buena parte de los médicos colaboradores, mostraron su afán por el mantenimiento y la aplicación del Seguro de Maternidad en las etapas finales de la Guerra Civil”¹³⁰³.

¹³⁰² La cuantía mensual de este auxilio económico, iba desde las 15 pesetas por 2 hijos, hasta las 145 pesetas por 12 hijos, incrementándose esta cuantía en 25 pesetas adicionales por cada hijo a partir del 13º.

¹³⁰³ Esta se hizo explícita con especial vehemencia desde la entrada del Ejército franquista en las zonas de Cataluña y el Levante por el elevado número de obreras aseguradas que residían en estas zonas (CENARRO LAGUNAS, A., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 2754).

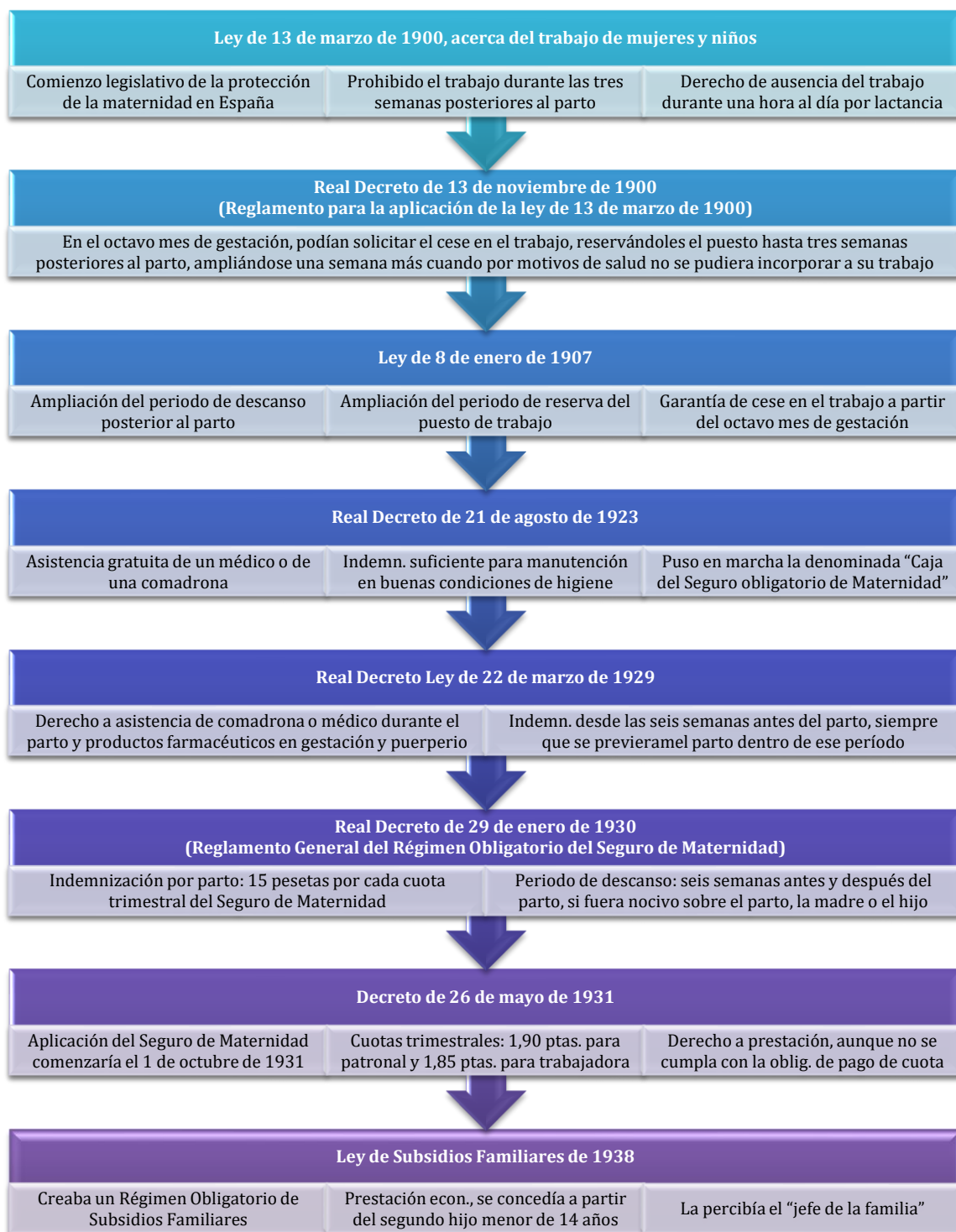


FIGURA 4.7. Esquema temporal de las principales medidas de protección social de la maternidad adoptadas en España en el primer tercio del siglo XX.

4.2.3.2. Las prestaciones por maternidad durante el franquismo

La siguiente fase en el plano interno la encontramos tras finalizar la Guerra Civil, en los primeros años del franquismo, con la aprobación de la Ley de 14 de diciembre de 1942, por la que se crea el Seguro obligatorio de enfermedad¹³⁰⁴. En lo concerniente a nuestro estudio, esta ley regula dos aspectos: 1) la prestación de asistencia sanitaria en caso de maternidad, estableciendo que todas las mujeres beneficiarias del Seguro tendrían derecho a la oportuna asistencia facultativa proporcionada por el Seguro, en los períodos de gestación, en el puerperio y en el parto. Asimismo, tendrían igualmente derecho a la utilización gratuita de las obras de protección a la maternidad y a la infancia afectas al Seguro de enfermedad; y 2) la indemnización económica por la pérdida de retribución derivada de los riesgos en caso de maternidad, estableciendo que todas las mujeres aseguradas que den a luz tendrían en el Seguro de enfermedad los mismos derechos y deberes que los que concede el de Maternidad integrado en aquél. En el mismo sentido, todas las beneficiarias del Seguro, sean o no aseguradas, que lactaran a sus hijos, tendrían derecho a un subsidio de lactancia, cuya cuantía y duración serían fijadas en el Reglamento.

Conviene poner de manifiesto que se ampliaban los beneficios en tanto que se incorporaba un nuevo perfil de beneficiarias, las esposas de los trabajadores, concibiéndose como un paso más en la “política nacional de protección familiar” de la que era pieza clave el Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares. Con independencia de esta mejora, entendemos que esta ley no aportaba grandes novedades con relación a nuestro estudio, puesto que, en esencia, remite al Seguro de Maternidad vigente hasta el momento, que se integraría en el recién creado Seguro de enfermedad. De hecho, la Disposición transitoria segunda, determinaba que hasta que se implantara el Seguro obligatorio de enfermedad, seguiría funcionando el de Maternidad con las mismas normas que tenía hasta el momento.

La verdadera modificación del Seguro de Maternidad, la encontramos en la Ley de 18 de junio de 1942, por la que se amplían los beneficios del Seguro de Maternidad¹³⁰⁵. Concretamente, se ampliaba a: a) las esposas de los trabajadores asegurados en el Régimen de Subsidios Familiares; y b) las trabajadoras que, siendo aseguradas en el Régimen de Subsidios Familiares, no puedan serlo en el de Maternidad, por superar el límite de retribución establecido. Estas significativas mejoras contrastaban con la eficacia limitada que el Seguro de Maternidad tenía en los medios rurales¹³⁰⁶.

¹³⁰⁴ «BOE» núm. 361, de 27/12/1942.

¹³⁰⁵ «BOE» núm. 184, de 03/07/1942.

¹³⁰⁶ LEAL RAMOS, L., “El Seguro de maternidad en los medios rurales”, Boletín de Información del Instituto Nacional de Previsión (INP), año II, núm. 7, julio 1942, pág. 1, destaca la escasa o nula eficacia en los medios rurales afirma que por falta de núcleos importantes de población obrera femenina. Algunos datos significativos en los que se apoya en toda España, en el año 1941, figuraban afiliadas 746.164 obreras industriales y sólo 15.134 agrícolas.

La implantación del Seguro obligatorio de enfermedad, se materializó con la aprobación del Decreto de 11 de noviembre de 1943, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Seguro de Enfermedad¹³⁰⁷. Los contenidos que interesa citar para nuestro estudio se encuentran en los arts. 86 a 93, “prestaciones económicas por maternidad”. Concretamente nos referimos a:

- **Derechos de las mujeres aseguradas:** a) una indemnización por pérdida de retribución originada por el descanso obligatorio y voluntario del 60 por 100 del salario o sueldo con arreglo al cual cotizasen últimamente, que sería abonada por semanas vencidas e indivisibles; b) un premio especial en caso de parto múltiple, consistente en una cantidad por hijo igual a la indemnización que le corresponda percibir por el descanso obligatorio; y c) un subsidio de 7 pesetas por semana y por hijo lactante, con un máximo de diez semanas en los partos simples y quince semanas en los supuestos de partos múltiples. El subsidio era satisfecho por semanas vencidas y completas. El seguro podía sustituir este subsidio por el equivalente en leche u otros productos alimenticios para el hijo.
- **Requisitos:** para tener derecho a la indemnización por maternidad era necesario: a) que la asegurada hubiera estado inscrita en el Seguro, por lo menos, nueve meses antes de dar a luz; b) que hubiera cotizado seis meses como mínimo, durante el año inmediatamente anterior al parto; y c) que se hubiera abstenido de todo trabajo remunerado durante el período del descanso.
- **Otras medidas:** que, si bien no guardan relación directa con la prestación económica por maternidad, a título meramente informativo y por lo novedoso de las mismas, se citan dos medidas concretas: a) las empresas que tuvieran como trabajadoras a mujeres con hijos menores de un año, debían habilitar una sala de lactancia; y b) se fomentaría la creación por las empresas de guarderías infantiles en los centros de trabajo a través de la organización sindical. Sorprende encontrar en un Decreto de 1943, medidas que, sin duda, serían beneficiosas para la conciliación de la vida familiar y laboral; de hecho, actualmente, son muchos los sectores económicos o empresariales, que están implantando medidas similares.

Tras la implantación del Seguro de enfermedad, nos referimos al Decreto de 31 de marzo de 1944, por el que se aprueban los textos refundidos de las Leyes de Contrato de embarque, aprendizaje y trabajo de mujeres y niños y trabajo a domicilio (Texto Refundido del Libro II de la Ley de Contrato de Trabajo), que dedica el Título IV al contrato de trabajo de las mujeres. Con esta norma, se puso de manifiesto la continuidad en la regulación posterior del descanso maternal, como queda plasmado en la redacción de los arts. 166 y 167 sobre suspensión por maternidad, que tienen

¹³⁰⁷ «BOE» núm. 332, de 28/11/1943.

una redacción prácticamente idéntica al art. 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900 en la versión modificada por el Real Decreto de 21 de noviembre de 1923¹³⁰⁸.

De la aprobación del Seguro Obligatorio de Enfermedad, se derivó la extinción del Seguro de Maternidad y de la obra médica aneja al mismo, la Obra Maternal e Infantil. Ésta tuvo lugar en 1948, tras un periodo en el que convivieron las dos legislaciones. Así, en 1948 se aprobó el Decreto de 9 de julio, por el que se integra en el Seguro Obligatorio de Enfermedad la Obra Maternal e infantil, derogándose las normas precedentes que regulaban el seguro de la maternidad inicialmente¹³⁰⁹. Se daba así cumplimiento a lo establecido en el Decreto de 13 de diciembre de 1946, que determinaba que, a partir del 1 de enero de 1948, las prestaciones por maternidad se equiparaban a las establecidas para la incapacidad laboral transitoria, dentro del Reglamento del Seguro obligatorio de enfermedad, mencionado anteriormente.

En la última etapa del franquismo, primeramente, se aprobó la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, que surgió al objeto de estructurar un sistema de Seguridad Social, que ampliaba su campo de aplicación, en el que quedaban encuadrados todos los españoles que reunieran determinadas condiciones, operándose así, el tránsito de un conjunto de Seguros Sociales a un sistema completo de Seguridad Social¹³¹⁰. En este texto legal, se estableció que los períodos de descanso, voluntario y obligatorio, que procedían en caso de maternidad, tenían la consideración de situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria. Por tanto, la maternidad no estaba considerada como una contingencia propia, sino que se asimilaba a una incapacidad laboral transitoria, que reconocía el derecho a una prestación económica, consistente en un tanto por ciento que, sobre las bases de cotización, se fijaba con carácter unitario para cada contingencia. En cuanto a las prestaciones médicas, la ley establecía que la acción protectora de la Seguridad social debía comprender –entre otras– la asistencia sanitaria en caso de maternidad.

Como desarrollo reglamentario de esta ley, se aprobó el Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el primer texto articulado de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, más conocida como Ley de la Seguridad Social¹³¹¹. En lo que respecta a nuestro estudio, para poder ser beneficiaria de la prestación económica por maternidad –recordemos que se calificaba como una situación asimilada a la incapacidad laboral transitoria–, la trabajadora debía reunir tres requisitos (art. 128): a) que hubiera estado afiliada a la Seguridad Social, al menos nueve meses antes de dar a luz; b) que hubiera cumplido durante el año inmediatamente anterior, un período mínimo de cotización de ciento ochenta días (por

¹³⁰⁸ «BOE» núm. 102, de 11/04/1944.

¹³⁰⁹ «BOE» núm. 209, de 27/07/1948.

¹³¹⁰ «BOE» núm. 312, de 30/12/1963.

¹³¹¹ «BOE» núm. 96, de 22/04/1966.

primera vez se referían a este periodo mínimo de cotización, que en numerosas ocasiones se ha citado a lo largo de las últimas décadas, incluso la normativa vigente así lo regula con determinados matices). Es llamativo este periodo de cotización previa, más exigente que para un supuesto de incapacidad laboral transitoria, que requiere haber cumplido un período de cotización de ciento ochenta días dentro de los “cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante”, en lugar del año para los supuestos de maternidad; y c) que reuniera las demás condiciones que reglamentariamente se establecieran (como veremos en el Decreto 3158/1966). La prestación económica consistía en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre las bases de cotización, que con carácter unitario se fijaba y se hacía efectivo en la cuantía y términos establecidos en la propia ley y en los reglamentos de desarrollo. Asimismo, se abonaba durante los períodos de descanso, voluntario y obligatorio, que reglamentariamente se fijaran.

El Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, fue la norma que desarrolló reglamentariamente la Ley de la Seguridad Social y que regulaba aspectos concretos de la prestación económica por maternidad¹³¹². Así, dentro del capítulo dedicado a la incapacidad laboral transitoria, se establecía que la prestación económica consistía en un subsidio equivalente al setenta y cinco por ciento de la base de cotización de la trabajadora en la fecha en la que se declarara iniciada legalmente la incapacidad (en nuestro caso, a partir del mismo día en que dé comienzo el descanso obligatorio o, en su caso, voluntario). Por tanto, como ya hemos mencionado anteriormente, la situación de maternidad se asimilaba completamente a la incapacidad laboral transitoria, correspondiéndole incluso el mismo porcentaje de la prestación económica para ambas situaciones. Asimismo, en caso de parto múltiple, la trabajadora tenía derecho a un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, de igual cuantía al que le correspondía percibir por el primero durante el periodo de descanso obligatorio¹³¹³. Esta norma definía dos conceptos esenciales para la protección de la maternidad en el ámbito social: a) periodo de descanso obligatorio: “cesación absoluta por parte de la beneficiaria de todo trabajo lucrativo, por cuenta propia o ajena, durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, así como el que, en su caso, prescriba el Médico que le preste la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y que podrá alcanzar, como máximo, hasta seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto”; y b) periodo de descanso voluntario: “aquel que, no prescrito como obligatorio por el Médico que preste a la beneficiaria asistencia

¹³¹² «BOE» núm. 312, de 30/12/1966. Norma que actualmente se encuentra en vigor, salvo por la derogación de determinados artículos.

¹³¹³ Este párrafo fue derogado por la disposición derogatoria única a) del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo («BOE» núm. 276, de 17/11/2001).

sanitaria de la Seguridad Social, disfrute la trabajadora por propia decisión, durante un periodo de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el Médico para el parto y con un límite de seis semanas”¹³¹⁴.

La base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio de incapacidad laboral transitoria –incluidas las situaciones de maternidad– era el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador, correspondiente a la contingencia de la que aquella se derivara, en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad, por el número de días a que dicha cotización se refería. Asimismo, quedaban excluidos los importes de las remuneraciones correspondientes a las pagas extraordinarias de Dieciocho de Julio y Navidad y aquellos otros conceptos retributivos que tuvieran una periodicidad en su devengo superior a la mensual¹³¹⁵.

En materia de prestaciones médicas, a título informativo y como complemento a la prestación económica por maternidad, la asistencia sanitaria de la trabajadora durante la maternidad comprendía: a) reconocimiento médico durante la gestación y la asistencia facultativa en las incidencias patológicas de la misma; b) asistencia facultativa al parto y al puerperio, así como a sus incidencias patológicas; y c) hospitalización en las Instituciones cerradas de la Seguridad Social o en las concertadas¹³¹⁶.

En la etapa final del franquismo, en 1974, se aprobó el primer texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que únicamente pretendía refundir textos legales previamente aprobados, dotando a esta nueva ley de la concordancia debida y la sistematización y depuración técnica adecuadas para lograr regularizar, aclarar y armonizar las leyes vigentes en materia de Seguridad Social, mediante los preceptos del nuevo texto¹³¹⁷. En materia de prestaciones por maternidad, no se realizó ninguna aportación significativa, sin embargo, hemos considerado oportuno citar esta ley por la

¹³¹⁴ Ambos conceptos fueron derogados por el Real Decreto 1251/2001.

¹³¹⁵ Art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social («BOE» núm. 154, de 28/06/1972). Esta disposición está vigente actualmente, su última modificación fue originada por el Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad. Para más información, véase Orden por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Decreto 1646/72, de 23 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social («BOE» núm. 192, de 11/08/1972).

¹³¹⁶ Art. 15 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social («BOE» núm. 284, de 28/11/1967). Disposición derogada en su mayoría, por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud («BOE» núm. 186, de 04/08/2012). Fue derogada en su totalidad por la disposición derogatoria de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social («BOE» núm. 180, de 29/07/2015).

¹³¹⁷ Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social («BOE» núm. 173, de 20/07/1974). Se trataba fundamentalmente de refundir en un único texto, la Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966 y la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social. A este texto se incorporaron preceptos en materia de Seguridad Social, contenidos en otras disposiciones de igual rango.

importancia que tiene, en cuanto se trata de un primer texto legal que recogía todos los aspectos relacionados con las prestaciones sanitarias y económicas en materia de Seguridad Social.

En la etapa democrática preconstitucional, citamos la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, texto que constituyó una actualización y perfeccionamiento de aspectos fundamentales de la normativa del trabajo, introduciendo normas nuevas o actualizando otras que se consideraban superadas por la realidad¹³¹⁸. Tenía por tanto esa ley, el carácter de plataforma mínima sobre la que construir toda la regulación de las relaciones laborales. Las Ordenanzas laborales, los convenios colectivos sindicales y los contratos individuales o de grupo como cauce de la dinámica de las relaciones de trabajo completaron y mejoraron esta normativa básica. A efectos prácticos, el único interés en citar esta ley, radica en el descanso de la trabajadora por maternidad. Así, el art. 25.4 contemplaba que tendría “derecho al menos a un periodo de descanso laboral de seis semanas antes del parto y ocho después del parto. El período posnatal será en todo caso obligatorio y a él podrá sumarse, a petición de la interesada, el tiempo no disfrutado antes del parto”. De esta forma, el legislador ampliaba en dos semanas adicionales el descanso laboral por maternidad, hecho que redundaría en la prestación económica por maternidad, como veremos en siguientes epígrafes.

¹³¹⁸ «BOE» núm. 96, de 21/04/1976.

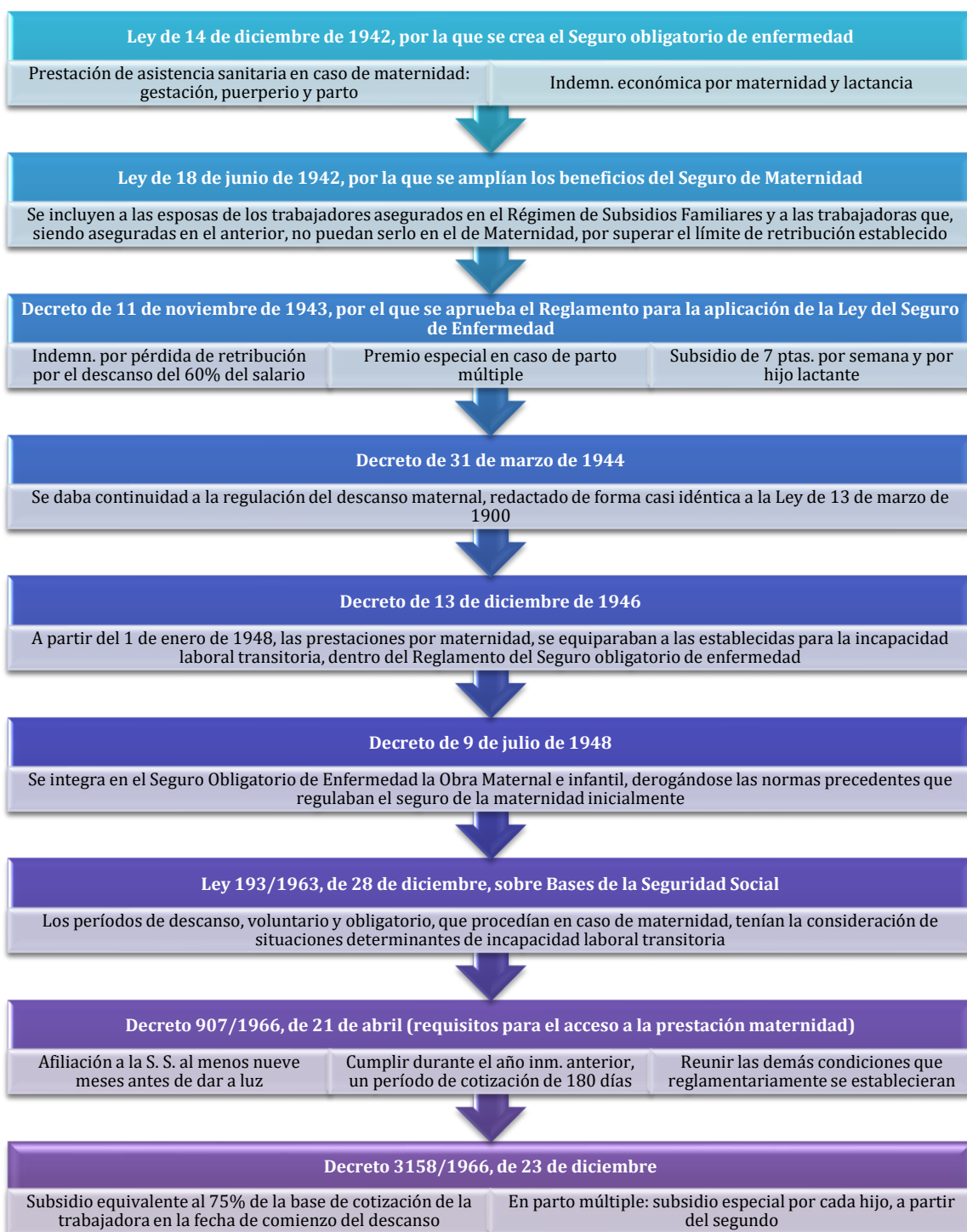


FIGURA 4.8. Esquema temporal de las principales medidas de protección social de la maternidad adoptadas en España durante el franquismo.

4.2.3.3. La protección de la maternidad en la etapa constitucional

Con relación a las prestaciones por maternidad, pocas novedades trajo consigo la aprobación de la vigente constitución de 1978, únicamente citamos de forma genérica y apenas testimonial, el art. 39, que determina que “los poderes públicos

aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, enmarcado dentro del capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica.

A efectos prácticos, la LGSS de 1974 tenía plena vigencia durante los primeros años de la etapa constitucional, por lo que la prestación económica por maternidad se regulaba sin cambios. En el mismo sentido, la LET de 1980 consolidó la licencia de 14 semanas en caso de parto, distribuidas a opción de la mujer, sin realizar cambios significativos¹³¹⁹. Tuvimos que esperar hasta finales de la década de los 80 cuando se aprobó la modificación de la LET en materia de descansos por maternidad, a través de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la 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 trabajo¹³²⁰. En lo que respecta a nuestro estudio, las principales novedades que introdujo este texto legal fueron las siguientes: a) incorporación de la maternidad adoptiva, incluyendo la adopción de menores de cinco años como causa de suspensión del contrato de trabajo. Se trataba de un primer paso en el objetivo de equiparación de la maternidad biológica con otras figuras afines, como la adopción –nacional o internacional–, guarda con fines de adopción o acogimiento (figuras que se recogen en la vigente LET)¹³²¹; b) posibilidad de participación del padre en el disfrute del permiso; y c) en el supuesto de parto, reconocía una suspensión del contrato de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas¹³²²
1323.

En nuestra opinión, se trataba de un paso importante dirigido a la mejora de la atención de los menores y a que la maternidad no incidiera de forma negativa en la

¹³¹⁹ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores («BOE» núm. 64, de 14/03/1980)

¹³²⁰ «BOE» núm. 57, de 08/03/1989. Tuvo su origen en un proyecto de ley, aprobado en el Consejo de Ministros de 10/06/1988 y presentado en el Congreso de los Diputados el 21/06/1988. En la votación plenaria del día 02/03/1989, se puso de manifiesto el importante apoyo parlamentario a esta ley, obteniéndose los siguientes resultados: de los 259 diputados presentes, votaron a favor 192, en contra 2 y 64 abstenciones (CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Resultados de la votación del Proyecto de Ley por el que se amplía a dieciséis semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer a la mujer en el trabajo”, 1989. Enlace: <https://bit.ly/3glAwod>).

¹³²¹ Durante la tramitación parlamentaria de esta ley, la enmienda núm. 22, presentada por el Grupo Mixto y la enmienda núm. 48, presentada por la Agrupación IU-EC (Grupo Mixto), planteaban que la duración del permiso por adopción fuera de dieciséis semanas, consiguiendo la plena igualdad que con el parto natural. En el mismo sentido, la enmienda núm. 30, presentada por el Grupo CDS, planteaba que esta equiparación fuera para los casos de adopción de un lactante menor de cuatro meses. Estas tres enmiendas no fueron aprobadas, tal y como recoge el texto definitivo (Boletín Oficial de las Cortes Generales Núm. 87-3 de 05/10/1988 y Núm. 87-5 de 18/11/1988. Serie A Proyectos de Ley).

¹³²² La iniciativa del gobierno ya planteaba las dieciséis semanas de suspensión, pero no citaba los casos de parto múltiple. Así, la enmienda núm. 34, presentada por el Grupo Minoría Catalana, planteaba que en los casos de parto múltiple o de nacimiento del tercer o subsiguiente hijo esta suspensión se podría prolongar hasta las dieciocho semanas, justificando que son situaciones que requerían mayor atención. En el caso de la Enmienda núm. 10, presentada por el Grupo Coalición Popular, planteaba dejar la duración del permiso en las catorce semanas. Ambas enmiendas fueron rechazadas (Boletín Oficial de las Cortes Generales Núm. 87-3 de 05/10/1988 y Núm. 87-5 de 18/11/1988. Serie A Proyectos de Ley).

¹³²³ La Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados, aprobó el texto definitivo, que ya incluía la ampliación a dieciocho semanas en los casos de parto múltiple (Boletín Oficial de las Cortes Generales Núm. 87-6 de 21/11/1988).

vida laboral de los trabajadores. La ampliación del permiso de maternidad a dieciséis semanas fue una mejora significativa, inducida en parte por las Recomendaciones de la OMS, que incluso mejoraba los requisitos planteados en el Convenio núm. 103 de la OIT, que se refería a doce semanas y en la Recomendación núm. 95, que ampliaba el descanso a catorce semanas¹³²⁴.

La década de los 90 se caracterizó por una intensa producción legislativa en materia de prestaciones sociales, teniendo como eje vertebrador la LGSS de 1994¹³²⁵. Se trata de un texto que fue objeto de numerosas modificaciones –más de cien– y que, en su redacción original, se limitaba a reproducir la regulación que estableció la LGSS de 1974. Así, contemplaba los periodos de descanso por maternidad como una incapacidad laboral transitoria y recordaba los requisitos para alcanzar el derecho: a) afiliación a la Seguridad Social durante al menos nueve meses antes del parto o de las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción; b) haber cumplido durante el año inmediatamente anterior a dicho momento un período mínimo de cotización de ciento ochenta días; y c) reunir las condiciones que reglamentariamente se determinaran (art. 130 LGSS, 1994). La prestación económica consistía en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijaba y se hacía efectivo en los términos establecidos en la propia Ley y en los Reglamentos generales para su desarrollo¹³²⁶.

La primera modificación –a nuestro juicio, la más significativa– tuvo lugar a finales del mismo año, cuando se aprobó la Ley 42/1994¹³²⁷. En su art. 33, establecía que se debía introducir en el Título II, un nuevo capítulo IV bis, sobre “Maternidad”. Por tanto, se trataba de la primera vez que la maternidad se consideraba una contingencia distinta de la incapacidad laboral transitoria, concepto este último que fue modificado por la misma ley pasando a denominarse “incapacidad temporal”. La Exposición de Motivos explicaba que se introducían “modificaciones en la acción protectora de la Seguridad Social, para reunir en las actuales prestaciones por incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional en una única prestación por incapacidad temporal, al tiempo que se configura como contingencia específica, desligada de la incapacidad laboral transitoria, la de maternidad”. En el mismo sentido, conviene precisar que, el Convenio núm. 102 de la OIT, sobre seguridad social (norma mínima), ya determinaba en 1952 que maternidad e incapacidad temporal tienen

¹³²⁴ Exposición de motivos de la Ley 3/1989.

¹³²⁵ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social («BOE» núm. 154, de 29/06/1994).

¹³²⁶ Conviene precisar que la base reguladora seguía siendo la misma desde que fue regulada por el art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (precepto citado en epígrafes anteriores).

¹³²⁷ «BOE» núm. 313, de 31/12/1994. La entrada en vigor de esta ley estaba fijada para el día 1 de enero de 1995 (Disposición final octava).

fundamentos diferentes y habían sido establecidas para cubrir necesidades distintas¹³²⁸. La prestación por incapacidad temporal se caracteriza por tres elementos: alteración de la salud, atención sanitaria e incapacidad para desarrollar su trabajo¹³²⁹. Estos tres elementos, no necesariamente pueden producirse durante la maternidad, puesto que, como se ha puesto de manifiesto en el *Capítulo 2* de este estudio y así lo corroboran numerosos autores, el embarazo de una mujer, no es una enfermedad, sino un estado biológico concreto, que finaliza con el alumbramiento. Asimismo, la atención sanitaria que debe recibir será la que esté relacionada directamente con la evolución del embarazo y necesariamente tras el parto, durante las seis semanas de descanso obligatorio. Por último, como igualmente queda demostrado, el embarazo de una trabajadora no necesariamente le impide desarrollar su trabajo con normalidad, llegando en muchas ocasiones a trabajar durante la última semana de gestación, antes del parto. A pesar de esta “independencia” de la prestación de maternidad, durante muchos años, concretamente hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1251/2001¹³³⁰, se estuvieron aplicando preceptos correspondientes a la incapacidad temporal, “promoviendo una visión de la prestación de maternidad restrictiva, desconfiada y anticipatoria del fraude”¹³³¹.

En nuestra opinión, fue un paso esencial, por el que se desligaba la maternidad de la enfermedad, logrando romper esa unión y que en adelante no se regulara la contingencia asociada a un aspecto biológico natural de la mujer, como si se tratara de una enfermedad¹³³².

Sobre el contenido concreto del capítulo dedicado a la maternidad (*capítulo IV bis*), citamos de forma esquemática los elementos que configuraron la prestación económica por maternidad en la LGSS de 1994, tras la mencionada modificación:

- 1. Situaciones protegidas (art. 133 bis):** la maternidad biológica, la maternidad adoptiva y el acogimiento familiar previo durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo a lo previsto en los arts. 48.4 LET de 1980 y 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (en lo referido a los empleados públicos)¹³³³. La referencia a

¹³²⁸ Las resoluciones de los tribunales así lo corroboran en numerosas ocasiones, como por ejemplo en la STSJ de Cataluña de 25/05/2000 o la STSJ de Navarra de 13/10/1997.

¹³²⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., IGARTUA MIRÓA, M.T., “Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 14.

¹³³⁰ Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo («BOE» núm. 276, de 17 de noviembre de 2001).

¹³³¹ BALLESTER PASTOR, M.A., “La prestación...”, op. cit., págs. 19-20.

¹³³² Recordemos las citas incluidas en el *Capítulo 2* de este estudio, en las que se mencionaba que, en ningún caso, un proceso de embarazo, podía calificarse como una enfermedad, por lo que, entre otros motivos, no tenía sentido esta regulación conjunta e inseparable.

¹³³³ «BOE» núm. 185, de 03/08/1984.

estos textos legales se puede entender como una búsqueda de la simetría entre la duración del permiso y la duración de la prestación por maternidad y no necesariamente como una subordinación de esta prestación a las normas laborales, como así se defiende por un sector doctrinal¹³³⁴. Bien es cierto que la suspensión del contrato es un requisito indispensable para que se ponga en marcha la prestación por maternidad. En nuestra opinión, no se produce esta subordinación, sino que se trata de realizar un paralelismo y correspondencia entre ambas figuras, que deben estar al unísono para la configuración de la tutela prestacional.

2. **Beneficiarios y requisitos (art. 133 ter):** trabajadores por cuenta ajena –con independencia del sexo– que acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Asimismo, debían reunir los requisitos que reglamentariamente se hubieran determinado. Se trata de una mejora sustancial puesto que, como ya hemos citado, la LGSS de 1994 en su texto original, establecía un requisito mucho más exigente para las situaciones de maternidad, que se traducía en un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, durante el año inmediatamente anterior. Por tanto, se trata de un importante avance, que no debemos dejar de mencionar, poniendo en valor que, incluso en la tramitación parlamentaria de la Ley 42/1994, se propuso una enmienda (que no fue aprobada), en la que se establecía que este periodo debería reducirse a 90 días, si se quería incentivar una nueva política de natalidad¹³³⁵.
3. **Contenido de la prestación (art. 133 quater):** consistía en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, que era equivalente a la que estaba establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes. Aspecto novedoso, puesto que se producía un notable incremento en el porcentaje que sobre la base reguladora correspondía para la prestación económica, evolucionando del 75% al 100%. Ello suponía un sustancial incremento en la cuantía de la prestación, lo que conllevaba un triple beneficio: a) se favorecía la estabilidad en el empleo de la mujer – y/o del hombre, en su caso–; b) se favorecía el mantenimiento de la capacidad económica que se tenía antes del parto; y c) se favorecía –o al menos no repercutía negativamente– el incremento demográfico, como efecto indirecto de este incremento¹³³⁶.

¹³³⁴ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La maternidad...”, op. cit., pág. 176.

¹³³⁵ Enmienda núm. 83 presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya. Motivación: Adecuar la exigencia de la carencia a la necesidad de promover la natalidad y atender la incidencia del contrato a tiempo parcial en la mujer (Boletín Oficial de las Cortes Generales Serie A: Proyectos de ley, núm. 83-4 de 08/11/1994).

¹³³⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La protección...”, op. cit., pág. 148.

4. Pérdida o suspensión del derecho (art. 133 quinquies): se produciría la denegación, anulación o suspensión de este derecho cuando el beneficiario hubiera actuado de forma fraudulenta para obtener o conservar la prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso.

Como se puede observar, ante esta nueva contingencia, el legislador adoptó una postura laxativa y por tanto más beneficiosa para la mujer trabajadora, fundamentalmente por tres datos objetivos: a) suprimió la exigencia de la filiación de los nueve meses anteriores al parto; b) mantuvo la exigencia de los 180 días de cotización, pero se pasaba de un año a un período de cinco; y c) se ampliaba del 75% de la cobertura de la prestación, al 100%¹³³⁷.

Finalmente, la ley 42/1994 incluyó dentro de las disposiciones finales, una serie de mandatos técnicos dirigidos a aclarar la conceptualización de la prestación por maternidad, como nueva contingencia protegida de la Seguridad Social. Así, se estableció: a) las referencias que en la legislación vigente se efectuaran a las situaciones de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional se entendían realizadas a la situación de incapacidad temporal. Asimismo, las referencias que se efectuaran a la situación de incapacidad laboral transitoria derivada de maternidad, se entendían efectuadas a la situación de maternidad. Todo ello, como forma de poner de manifiesto la independencia de la maternidad frente a la incapacidad temporal¹³³⁸; b) sobre la gestión de las prestaciones por maternidad, no se permitía la colaboración por parte de las empresas, siendo gestionadas directamente por la entidad gestora respectiva¹³³⁹; y c) se otorgaba un plazo de tres meses al gobierno, para que se modificara la LET de 1980, incluyendo –entre otras– las modificaciones de la Ley 42/1994 y la citada Ley 3/1989¹³⁴⁰.

La segunda modificación de la LGGS de 1994, –de menor importancia en nuestra opinión– tuvo lugar con la aprobación de la LCVFL. En su exposición de motivos, se justificaba la necesidad de introducir modificaciones en la regulación de los permisos por adopción y acogimiento permanente y preadoptivo, y por ende se hizo extensivo a la regulación de la prestación por maternidad. Introdujo una modificación técnica, incorporando entre las situaciones protegidas para la prestación por maternidad y situaciones asimiladas, “el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente”.

¹³³⁷ Durante la tramitación parlamentaria de las enmiendas de la Ley 42/1994, al Grupo de Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña, les parecía muy positivo que la prestación fuera del 100 por ciento en lugar del 75 por ciento anterior, aunque no consideraban adecuada la existencia de un período de carencia de 180 días, como el que existía anteriormente, y que en todo caso debería reducirse a 90 días si se quería incentivar una nueva política de natalidad (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 107 de 22/11/1994).

¹³³⁸ Disposición Final Tercera de la Ley 42/1994.

¹³³⁹ Disposición adicional undécima ter de la LGSS de 1994.

¹³⁴⁰ Disposición Final Séptima de la Ley 42/1994, precursora de la LET de marzo de 1995 (cumpliendo el plazo de tres meses), texto que estuvo vigente durante casi dos décadas.

Entendemos, que ello vino motivado por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este texto, mediante modificación del propio Código Civil, introdujo y definió las tres modalidades de acogimiento familiar: simple, permanente y preadoptivo. Asimismo, incluyó un nuevo Capítulo IV ter, dentro del Título II de la LGSS de 1994, dedicado en exclusiva a la situación protegida por riesgo durante el embarazo, hecho que estudiaremos en su epígrafe correspondiente.

Por último, la LCVFL incluyó un mandato por el que se facultaba al Gobierno para dictar las normas necesarias para su desarrollo y ejecución, hecho que se produjo con el Real Decreto 1251/2001¹³⁴¹. Por tanto, se trataba de desarrollar de forma reglamentaria el subsidio por maternidad y la nueva prestación de riesgo durante el embarazo, que se analizará con más detalle en siguientes epígrafes. Asimismo, se llevó a cabo la “reordenación sistemática y la actualización del régimen jurídico del subsidio por maternidad, separándolo, además, definitivamente, en el nivel reglamentario, del subsidio por incapacidad temporal, en aquellos aspectos en que ambos subsidios mantenían una regulación común al tiempo que dispersa”¹³⁴². Como novedad, en este RD se desarrollaba la posibilidad del disfrute a tiempo parcial del permiso por maternidad –ya estaba previsto en la LCVFL–, adopción o acogimiento, de esta forma se flexibilizaba el disfrute del mismo, potenciado por el “reparto de las responsabilidades familiares entre madres y padres, 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”¹³⁴³.

Por su importancia y relación directa con nuestro estudio, se detallan de forma resumida los principales contenidos del Real Decreto 1251/2001:

- 1. Situaciones protegidas (art. 2):** la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el art. 48.4 LET. A tal efecto, se equiparaban a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente aquellas “instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos” para estos casos, cualquiera que sea su denominación.

En el caso de adopción o acogimiento familiar de personas con discapacidad o de quienes por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tuvieran especiales dificultades de inserción social y familiar, para que

¹³⁴¹ Disposición final primera de la LCVFL.

¹³⁴² Exposición de motivos del Real Decreto 1251/2001.

¹³⁴³ Exposición de motivos del Real Decreto 1251/2001.

se produjera la situación protegida, el adoptado o acogido debía ser menor de dieciocho años¹³⁴⁴.

- 2. Beneficiarios y requisitos (art. 4):** cualquier trabajador, con independencia del sexo, que se encontrase incluido en el ámbito de aplicación del capítulo que regulaba la prestación por maternidad y que disfrutase de uno de los descansos por las situaciones mencionadas en el art. 2¹³⁴⁵. Los requisitos que debían cumplirse eran los siguientes: a) estar afiliados y en alta o en situación asimilada a ella en algún Régimen del sistema de la Seguridad Social; y b) acreditar un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En el supuesto que ambos progenitores optaran por disfrutar del descanso por maternidad, de forma simultánea o sucesiva, debían reunir de forma independiente los requisitos exigidos.

En el supuesto que la madre no cumpliera con el período mínimo de cotización requerido, el subsidio podía percibirlo el padre durante la totalidad del permiso, a excepción de las seis semanas de descanso obligatorio de la madre. Ello se produciría si: a) la madre hubiera optado por esa posibilidad; y b) el padre reuniera el requisito de período mínimo de cotización exigible.

En el supuesto de trabajadores a tiempo parcial, la norma nos remitía al Real Decreto 144/1999¹³⁴⁶. En la misma, se especificaba que para poder acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a la prestación de maternidad (entre otras), se computaban 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 dividía por 5, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales. Asimismo, el período mínimo exigible debía estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementaba en la

¹³⁴⁴ Sobre la adopción y el acogimiento, como se indica en el propio texto, se refiere únicamente a menores de edad en general, o aquellos que presenten una situación de discapacidad.

¹³⁴⁵ Originariamente el ámbito subjetivo de aplicación estaba constituido por la madre trabajadora. La ampliación progresiva de las situaciones protegidas, así como el incremento del posicionamiento legislativo en materia de corresponsabilización y conciliación de la vida familiar y laboral, ha roto la exclusividad femenina en el disfrute del permiso por maternidad, así como de la prestación económica (GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "La maternidad...", op. cit., pág. 183).

¹³⁴⁶ RD 144/1999, de 29 de enero, por el que se desarrolla, en materia de acción protectora de la Seguridad Social, el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad. Norma derogada por el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (actualmente en vigor).

misma proporción en que se reducía la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente.

- 3. Situaciones asimiladas al alta (art. 5):** se consideraban situaciones asimiladas al alta, las siguientes: a) la situación legal de desempleo total por la que se percibía prestación de nivel contributivo; b) el mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente; c) el traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional; d) para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resultasen cotizados por aplicación de las normas que regulaban su cotización, los cuales tenían la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque no se correspondieran con los de prestación de servicios; e) en el Régimen Especial Agrario, la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo; y f) cualesquiera otras situaciones que se previeran reglamentariamente.
- 4. Prestación económica (arts. 3 y 6):** consistía en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concedía un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que correspondía percibir por el primero, durante el período de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o cuando se trataba de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituía la adopción. La base reguladora era la equivalente a la que estuviera establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del período de descanso.

Cuando el período de descanso por maternidad, era disfrutado simultánea o sucesivamente por la madre y por el padre, la prestación se determinaba para cada uno en función de su respectiva base reguladora. Asimismo, en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato debiera permanecer hospitalizado a continuación del parto, si la percepción del subsidio por maternidad hubiera sido interrumpida, cuando éste se reanude, una vez que el menor hubiera sido dado de alta hospitalaria, dicho subsidio se percibía en la misma cuantía en que se hubiera abonado antes de la interrupción.

En caso de régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora se reducía en proporción inversa a la reducción que hubiera experimentado la jornada laboral¹³⁴⁷. La base reguladora diaria era el resultado de dividir la suma de las

¹³⁴⁷ Para determinar la cuantía de la prestación se plantearon dos alternativas: reducir el porcentaje aplicable a la base reguladora o reducir la propia base reguladora. La LGSS estableció que la prestación por maternidad estuviera constituida por el 100% de la base reguladora, por lo que el Real Decreto 1251/2001, optó por no modificar este porcentaje, para “provocar la proporcionalidad del importe del subsidio por la vía de la

bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365. De ser menor la antigüedad en la empresa, la base reguladora de la prestación era el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondían.

- 5. Nacimiento y duración del derecho (art. 7):** comenzaba a partir del día en el que se iniciaba el descanso por maternidad y era abonado a cada beneficiario, en su caso, durante la parte de los períodos de descanso que hayan sido disfrutados efectivamente por la madre y el padre. Particularidades: a) en el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tenía derecho a la prestación económica durante los días que faltaran para completar el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado. En estos casos, quedaba sin efecto la opción ejercida por la madre en favor del padre. Ello era de aplicación igualmente, aunque el feto no reuniera las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos ciento ochenta días^{1348 1349}; b) en el caso de fallecimiento de la madre, el padre podía percibir la totalidad o, en su caso, la parte que reste del período de subsidio. Cuando la madre hubiera optado porque el padre disfrutara de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute por el padre, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podía ser beneficiaria del subsidio por la parte del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque la madre ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad; y c) en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato debía permanecer hospitalizado a continuación del parto, la percepción del subsidio por maternidad podía interrumpirse, a petición del padre o de la madre, según cuál sea el beneficiario, una vez completado el período de

reducción de la base reguladora” (PANIZO ROBLES, J.A., “La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 34, 2002, pág. 36).

¹³⁴⁸ El citado art. 30 del Código Civil citaba textualmente “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. Es decir, aquellos casos de recién nacidos que hubieran fallecido en el parto antes del primer día de vida, también se generaba el derecho a la prestación por maternidad. Igualmente entendemos, que están igualmente incluidos los casos de muerte en el seno materno. En todo caso, debía cumplirse el requisito del desprendimiento del seno materno durante 24 horas. Con la modificación del citado precepto por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, se determinaba, que “la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”, no haciendo ninguna mención al requisito de primer día de vida.

¹³⁴⁹ Este requisito de ciento ochenta días, ya se determinó en el art. 12 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de Protección a la Familia en el Régimen General de la Seguridad Social: “Asimismo, se concederá esta asignación por el nacimiento de criaturas sin viabilidad legal, siempre que hubiera precedido un embarazo de, al menos, ciento ochenta días”.

descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, y se reanuda a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el período que restara por disfrutar.

- 6. Extinción del derecho (art. 7):** el derecho se podía extinguir por las siguientes causas: a) por el transcurso de los plazos máximos de duración de los períodos de descanso por maternidad; b) cuando el período de descanso hubiera sido disfrutado exclusivamente por la madre o por el padre, por la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del mencionado período de descanso; c) en el supuesto de disfrute sucesivo o simultáneo por la madre y el padre, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los períodos de descanso correspondiente; d) por el fallecimiento del beneficiario, salvo que pudiera continuar en el disfrute del período de descanso el progenitor sobreviviente, según las condiciones legal o reglamentariamente establecidas; y e) por el fallecimiento del hijo o acogido, salvo que la madre no hubiera agotado el período de descanso de seis semanas posteriores al parto.
- 7. Revocabilidad de la opción en favor del padre (art. 8):** la madre podía revocar su opción ejercitada en favor del padre cuando sucedieran hechos que hicieran inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras causas análogas.
- 8. Maternidad e incapacidad temporal (art. 9):** cuando la madre hubiera agotado el período de descanso por maternidad, si continuaba necesitando asistencia sanitaria como consecuencia del parto y se encontraba incapacitada para el trabajo, se la consideraba en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, percibiendo el correspondiente subsidio (si cumpliera los requisitos exigidos legalmente), con independencia de los períodos de descanso por maternidad. Si antes del parto la trabajadora se encontraba en un proceso de incapacidad temporal, percibía el subsidio por esa contingencia, no pudiendo percibir prestación por maternidad hasta que se produjera el alumbramiento. Si finalizado el período de descanso por maternidad, la anterior situación de incapacidad temporal persistiera, se reanuda el cómputo interrumpido.
- 9. Denegación, anulación y suspensión del derecho (art. 10):** a) cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio; y b) cuando el beneficiario hubiera trabajado por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso, salvo la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial.
- 10. Solicitud y documentación (art. 13):** el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad se iniciaba a instancia del trabajador, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la Entidad

gestora competente, según el Régimen de encuadramiento, de la provincia en que tuviera su domicilio. La documentación mínima necesaria para iniciar el procedimiento era la siguiente: a) informe de maternidad expedido por el correspondiente servicio público de salud; b) libro de familia o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil; c) certificación de cotizaciones a la Seguridad Social de la última o últimas empresas, o acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas, si el causante es el obligado a su ingreso, cuando sean necesarias para acreditar el período mínimo de cotización, para determinar la cuantía de la prestación o la situación de estar al corriente en el pago de las cuotas. Asimismo, debía aportarse la documentación necesaria en función de las particularidades de cada caso concreto (fallecimiento de la madre o el hijo, adopción, opción en favor del padre, etc.).

4.2.3.4. Marco normativo actual de las prestaciones por maternidad: la incorporación del riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

El marco normativo actual de las prestaciones económicas por maternidad está constituido esencialmente por la LGSS (Capítulos VI a IX del Título II), desarrollado por el Real Decreto 295/2009¹³⁵⁰. Otra norma que no debemos olvidar, es la LET que, si bien no regula directamente las prestaciones por maternidad, éstas van unidas de forma indisoluble a la legislación laboral, sin la que no podría entenderse la prestación económica tal y como está configurada.

El Real Decreto 295/2009, que derogó el ya mencionado Real Decreto 1251/2001, realizó el desarrollo reglamentario, por un lado, de la normativa legal aplicable a los subsidios por maternidad y por riesgo durante el embarazo y, por otro, de las normas reguladoras de los nuevos subsidios por paternidad y por riesgo durante la lactancia natural, creados por la LOIMH. Asimismo, introdujo todas las modificaciones que sobre estas prestaciones realizaron normas como la LET de 1995, la LGSS de 1994, la LPRL y la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Por último, no podemos dejar de mencionar dos normas que han ayudado a configurar el sistema normativo actual: las ya mencionadas LCVFL y LOIMH. Ambos textos legales introdujeron en el marco normativo preventivo, laboral

¹³⁵⁰ La actual LGSS tuvo su origen en el artículo uno c) de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española. Se trataba de elaborar un texto refundido, para compilar, regularizar, aclarar y sistematizar en un sólo cuerpo legal las distintas disposiciones legales dispersas sobre Seguridad Social (se refería fundamentalmente a normas publicadas a partir de la última LGSS (1994). Si nos atenemos a la evolución de este texto refundido en las últimas décadas, podemos interpretar que era de esperar la publicación de esta norma, que solía tener una duración en su vigencia de aproximadamente 20 años (1974-1994-2015). Asimismo, la LGSS de 2015, fue sometida a consulta de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, e informada por el Consejo Económico y Social. En próximos epígrafes, se analizan con detalle los cambios que supuso la aprobación de esta norma para la protección social de la maternidad.

y prestacional, dos conceptos novedosos en su momento, que actualmente son esenciales para la configuración de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad. Nos referimos a: “riesgo durante el embarazo” y “riesgo durante la lactancia natural”.

En primer lugar, la LCVFL completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa comunitaria (Directivas 92/85/CEE, de 19 de octubre y 96/34/CEE, de 3 de junio, sobre Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES), superando incluso los niveles mínimos de protección de éstas. El texto legal introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres¹³⁵¹.

Esta norma introdujo importantes modificaciones en el sistema protector de la maternidad desde un punto de vista preventivo, laboral y prestacional. Así, por su importancia y trascendencia para nuestro estudio, citamos las siguientes:

1. Modificaciones en el ámbito laboral:

- a) Mejoras en los supuestos de suspensión del contrato (art. 45.1.d LET 1995):** i) incluyó el riesgo durante el embarazo como nueva causa suspensiva; ii) amplió hasta los seis años de edad del menor, como causa de suspensión en los supuestos de adopción o acogimiento (hasta ese momento el límite máximo de edad era de 5 años); y iii) incluyó el acogimiento preadoptivo o permanente.
- b) Suspensión del contrato por parto (art. 48.4 LET 1995):** i) en los casos de partos múltiples, la duración del permiso se ampliaría en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo (eliminando la duración máxima de dieciocho semanas); ii) en el supuesto del fallecimiento de la madre, el padre podía hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión (inicialmente podía disfrutar de las seis semanas de descanso obligatorio de la madre o lo que le restase a partir de su fallecimiento); y iii) la madre podía optar por que el padre disfrutara de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre (hasta el momento, el padre únicamente podía disfrutar de las cuatro de las últimas semanas de suspensión).
- c) Suspensión del contrato por adopción o acogimiento (art. 48.4 LET 1995):** i) en las adopciones o acogimientos múltiples, la duración de la suspensión se haría ampliable en dos semanas más por cada hijo a partir del

¹³⁵¹ Exposición de motivos LCVFL.

segundo; y ii) se introduce la posibilidad de adoptar o acoger menores mayores de seis años de edad cuando se tratara de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tuvieran especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En este supuesto, la duración de la suspensión era de dieciséis semanas.

- d) Modalidades de disfrute:** se incluyó la posibilidad de disfrutar los períodos de descanso en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinaran.
- e) Supuestos de adopción internacional:** cuando se hacía necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el período de suspensión, podría iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituía la adopción.

2. Modificaciones en el ámbito prestacional:

- a) Prestación por riesgo durante el embarazo:** se incluyó por primera vez en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, en concordancia lógica con la suspensión del contrato que se introdujo en el art. 45.1 d) LET 1995. En el mismo sentido, al igual que para las situaciones de maternidad, en el supuesto de riesgo durante el embarazo, continuaba la obligación de cotizar (art. 106.4 LGSS 1994). Se incorpora el nuevo “Capítulo IV Ter Riesgo durante el embarazo” (dentro del Título II). Se refiere exclusivamente a la regulación de la prestación económica por riesgo durante el embarazo: i) se considera situación protegida la suspensión del contrato como consecuencia de la aplicación de las medidas del art. 26 LPRL y ante la imposibilidad de cambio de puesto, porque no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados; ii) se concedía a la mujer trabajadora en los mismos términos que los establecidos para la prestación por incapacidad temporal; y iii) consistía en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente¹³⁵². A tales efectos, la base reguladora era la equivalente a la que estuviera establecida para la prestación de IT, derivada de contingencias comunes.
- b) Prestación por maternidad:** introdujo como situaciones asimiladas a la maternidad biológica, el acogimiento tanto preadoptivo como permanente (art. 133 bis LGSS 1994).

¹³⁵² La Enmienda núm. 93, firmada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, proponía el 100 por 100 de la base reguladora. Fue rechazada (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 29/06/1999).

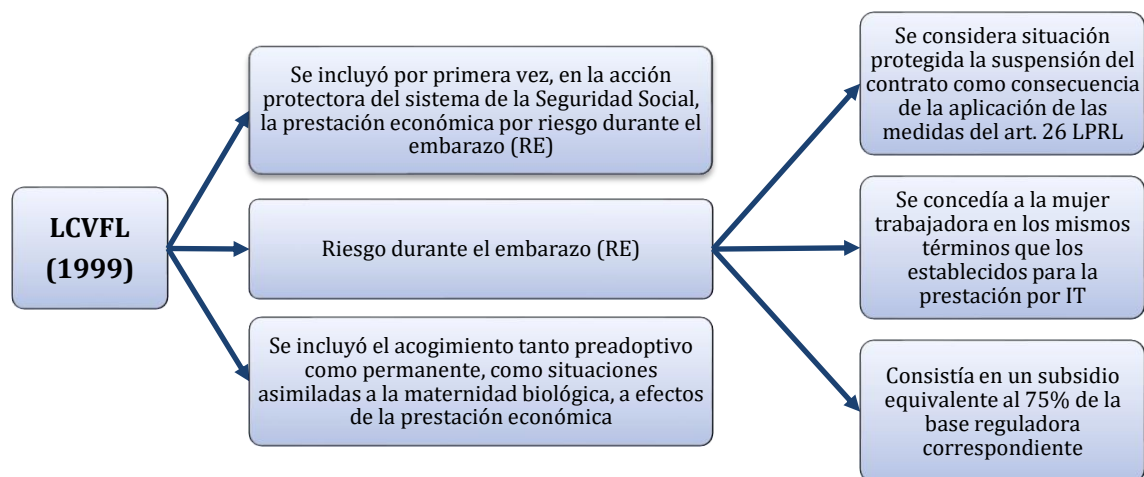


FIGURA 4.9. Esquema general de las principales aportaciones de la LCVFL (1999) a la protección social de la maternidad.

En segundo lugar, la LOIMH surgió para hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en diferentes ámbitos de la sociedad, entre el que se encontraba el laboral, referido a modificaciones concretas en la LET de 1995 y en la LGSS de 1994. Al igual que la LCVFL, esta norma introdujo importantes modificaciones en el sistema protector de la maternidad desde un punto de vista preventivo, laboral y prestacional. Así, por su importancia y trascendencia para nuestro estudio, citamos las siguientes:

1. Modificaciones en el ámbito laboral¹³⁵³:

- a) **Permiso por lactancia:** la duración se incrementó proporcionalmente en los casos de parto múltiple. Asimismo, se amplió el ejercicio de este derecho bajo la modalidad de acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegara con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.
- b) **Vacaciones anuales:** se flexibilizó su disfrute permitiendo que, en el caso de que éstas coincidieran en el tiempo con una IT derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo por parto, se tendría derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, al finalizar el período de suspensión, aunque hubiera terminado el año natural a que correspondan.
- c) **Nuevas causas suspensivas:** se incorporaron las causas por riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y la paternidad.
- d) **Suspensión del contrato por parto:** destacar el cambio que permitió que el progenitor distinto de la madre pudiera disfrutar del periodo que le hubiera

¹³⁵³ Disposición adicional décimo primera.

correspondido a ella, en el supuesto que la madre no tuviera derecho por no cumplir los requisitos establecidos.

2. Modificaciones en el ámbito prestacional¹³⁵⁴:

- a) Nuevas prestaciones:** se incorporaron las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural y por paternidad. En coherencia con los cambios producidos paralelamente en la LET de 1995. Se incorpora el nuevo “Capítulo IV Quinquies Riesgo durante la lactancia natural” (dentro del Título II). Se refería exclusivamente a la regulación de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural: i) se consideraba situación protegida, la suspensión del contrato como consecuencia de la aplicación de las medidas del art. 26 LPRL y ante la imposibilidad de cambio de puesto, porque no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados; ii) se concedía a la mujer trabajadora en los mismos términos que los establecidos para la prestación por riesgo durante el embarazo; y iii) consistía en un subsidio similar al establecido para la situación de riesgo durante el embarazo, con la particularidad de que se extinguiría en el momento en que el hijo cumpliera nueve meses, salvo que la beneficiaria se hubiera reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.
- b) Prestación por maternidad. Supuesto general:** sobre el requisito del período mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto (que estaba vigente hasta la entrada en vigor de la LOIMH), se produjo un cambio orientado a flexibilizar y facilitar el cumplimiento de este requisito en función de la edad del trabajador, estableciéndose tres grupos (menor de 21; entre 21 y 26; y mayor de 26 años), rebajándose particularmente el nivel de exigencia para los trabajadores de hasta 26 años.
- c) Prestación por maternidad. Nuevo supuesto especial:** referido a los casos en los que las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reunieran todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el período mínimo de cotización mencionado anteriormente. Como norma general, la cuantía de la prestación sería igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, salvo determinadas excepciones. Asimismo, la duración de la prestación sería de 42 días naturales a contar desde el parto.
- d) Cuantía y gestión del pago de la prestación por riesgo durante el embarazo:** se produjeron tres importantes modificaciones: i) tendría la

¹³⁵⁴ Disposición adicional decimoctava.

naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, no de comunes, como hasta el momento; ii) se incrementaba el porcentaje de la base reguladora, pasando del 75% al 100%; y iii) la gestión y el pago de la prestación económica correspondería a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (actualmente Mutua Colaboradora con la Seguridad Social), según el caso.

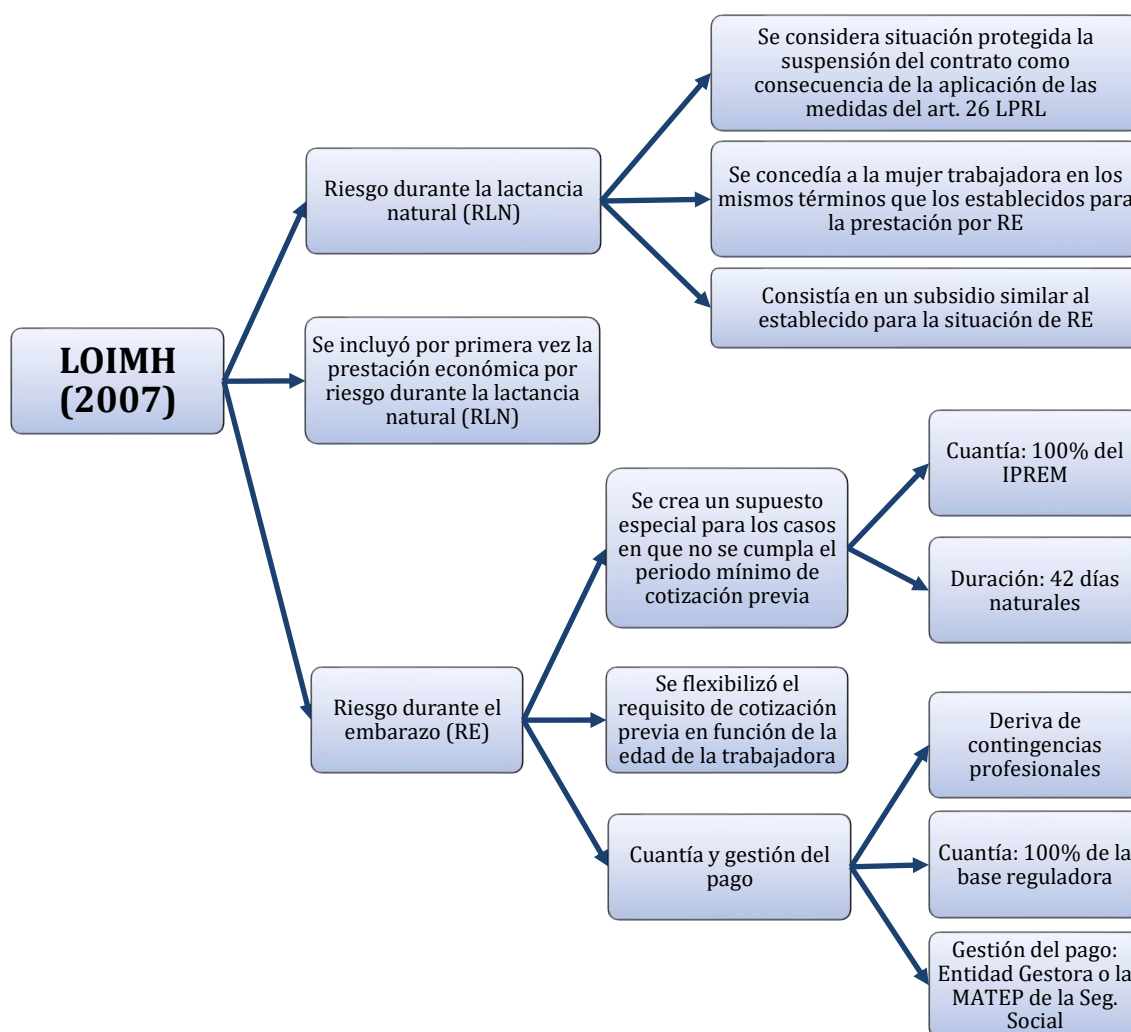


FIGURA 4.10. Esquema general de las principales aportaciones de la LOIMH (2007) a la protección social de la maternidad.

Las modificaciones introducidas por la LOIMH, tienen un propósito flexibilizador y expansivo, permitiendo la extensión de la protección económica a un mayor número de eventuales beneficiarios¹³⁵⁵.

Y en tercer y último lugar, es preciso mencionar el Real Decreto-ley 6/2019, que introduce como novedad, entre otras, la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante hasta que el menor cumpla los doce meses de edad, prestación que analizaremos con detalle en su epígrafe correspondiente.

En los siguientes epígrafes de este *Capítulo*, analizamos el contenido de estas prestaciones desde el punto de vista legal, jurisprudencial y en base a las aportaciones que la doctrina científica ha realizado sobre esta materia concreta. De esta forma, extraeremos las conclusiones que se deriven del propio estudio.

4.3. NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR

La primera prestación objeto de este estudio, es aquella que está relacionada directamente con el acontecimiento concreto de la maternidad, tanto biológica como adoptiva. De hecho, surgió y ha permanecido durante un gran periodo de tiempo bajo la denominación de “prestación por maternidad”. Inicialmente, a efectos de la Seguridad Social, esta situación estaba asimilada a un proceso relacionado con una contingencia común, equiparando maternidad con enfermedad común, concretamente a la incapacidad laboral transitoria (ILT), como así recogía inicialmente la LGSS de 1994 y más adelante con la incapacidad temporal (IT). Por tanto, se centraba únicamente en los procesos incapacitantes de la mujer en el ámbito laboral, obviando otros aspectos como el cuidado del recién nacido o un adecuado establecimiento de relaciones paterno filiales¹³⁵⁶. Como ya citábamos en epígrafes anteriores, la Ley 42/1994, fue la norma que desligó la maternidad de las incapacidades laborales, otorgándole un estatus específico dentro del sistema protector de la Seguridad Social.

El Capítulo VI Nacimiento y cuidado de menor (Título II Régimen General de la Seguridad Social) de la LGSS, se estructura en dos secciones: 1ª) Supuesto general: subsidio de naturaleza contributiva; y 2ª) Supuesto especial: subsidio de naturaleza no contributiva.

4.3.1. Supuesto general: nivel contributivo

Los arts. 177 a 180 LGSS, regulan las situaciones protegidas, los sujetos beneficiarios, la prestación económica, así como las condiciones para la pérdida o

¹³⁵⁵ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., VELASCO PORTERO, T., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Igualdad y conciliación...”, op. cit., pág. 77.

¹³⁵⁶ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La maternidad...”, op. cit., pág. 173-174.

suspensión del derecho al subsidio por nacimiento y cuidado de menor. El desarrollo reglamentario de esta prestación en la modalidad contributiva, se contiene fundamentalmente en los arts. 2 a 14 del RD 295/2009, norma que tiene por objeto la unificación de criterios en el tratamiento de la cobertura de Seguridad Social por maternidad.

4.3.1.1. Situaciones protegidas

A efectos de la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor, el art. 177 LGSS, que remite de forma expresa a las normas suspensivas aplicables a los trabajadores por cuenta ajena (art. 48, apartados 4, 5 y 6 LET) y a los empleados públicos (art. 49, apartados a), b) y c) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público-TREBEP) y el art. 2 RD 295/2009, establecen como situaciones protegidas, las siguientes:

A) Nacimiento

Con la última reforma de 2019, se produjo un cambio en la denominación de esta situación, que hasta ese momento se consideraba la protección de la “maternidad”¹³⁵⁷. De hecho, el RD 295/2009 mantiene la denominación de origen, circunstancia que entendemos debería actualizarse conforme a lo establecido en el Real Decreto-ley 6/2019 puesto que, entre otras, remite a normas y arts. que ya no están en vigor¹³⁵⁸. Esta última reforma, suprimió el anterior sistema que distinguía entre prestaciones de maternidad y paternidad, incorporándose la nueva prestación por nacimiento y cuidado de menor, a la que pueden acceder ambos progenitores, pero no de forma compartida, sino individualizada (una prestación diferente para cada uno de ellos) y equivalente en su duración y contenido¹³⁵⁹. Esta situación comprende el nacimiento, incluido el parto y el cuidado del menor de hasta doce meses de edad, lo que equivale a la eliminación del carácter ininterrumpido del derecho, aportando cierta flexibilidad

¹³⁵⁷ Sobre el cambio legal propiciado por el Real Decreto-ley 6/2019, en la prestación por maternidad, véase MARTÍNEZ BOTELLO, P., “De las prestaciones...”, op. cit.

¹³⁵⁸ A tal efecto, la Disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 6/2019, establece que “Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto en el presente real decreto-ley”. En nuestra opinión, el legislador debió ser más preciso para evitar posibles interpretaciones y resolver las dudas que se pudieran generar. Se trata de dar respuesta a las diferentes cuestiones que generan incertidumbres interpretativas e inseguridad jurídica, por lo que debemos estar a la espera de un nuevo desarrollo reglamentario (GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La corresponsabilidad...”, op. cit., pág. 49).

¹³⁵⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La corresponsabilidad...”, op. cit., pág. 50. Sobre el Real Decreto-ley 6/2019, el autor, a pesar de valorarla de forma positiva, en términos generales, concluye que “esta regulación se caracteriza por múltiples interrogantes interpretativos, (...). Parecería que en la elaboración de esta norma ha pesado mucho más las urgencias políticas, que la necesidad de elaborar una norma bajo los cánones más estrictos de la técnica legislativa” (pág. 70).

en el disfrute del permiso¹³⁶⁰. A tal efecto, debemos acudir al art. 30 del Código Civil que, como ya citábamos epígrafes anteriores, establece que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, sin determinar un límite concreto de horas de vida¹³⁶¹. A pesar del requisito del nacimiento, la norma, reconoce los supuestos en los que el niño fallece durante la gestación, el parto o tras el mismo, otorgando a los progenitores un periodo de suspensión del contrato que no se verá reducido, salvo que, una vez que han terminado las seis semanas de descanso obligatorio, los progenitores solicitaran reincorporarse a su puesto de trabajo. En este sentido, la norma determina que no será necesario el cumplimiento de los requisitos del art. 30 del Código Civil, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días¹³⁶². Si se cumple esta condición, aunque su hijo hubiera fallecido, los progenitores sí tendrán derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, sin reducción alguna¹³⁶³. Sin embargo, el art. 48.4 LET no recoge expresamente esta situación, hecho que no impide su reconocimiento por aplicación de la norma reglamentaria. Hubiera sido oportuna la reforma de este precepto (operada por el Real Decreto-ley 6/2019), para incluir este supuesto¹³⁶⁴.

En el supuesto del fallecimiento del menor durante la gestación, la interrupción del embarazo podrá producirse: 1) de forma natural o espontánea; 2) a petición de la mujer, siempre que no se supere las catorce semanas de gestación (por lo que no tendría derecho a la prestación); 3) por causas médicas antes de la semana veintidós de gestación (igualmente no tendría derecho a la prestación); y 4) por causas médicas, aun cuando se supere la semana veintidós y siempre que se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico¹³⁶⁵. En este último supuesto, si el feto hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días,

¹³⁶⁰ Flexibilidad que en la que pone especial énfasis GORELLI HERNÁNDEZ, J., "La corresponsabilidad...", op. cit., págs. 56-59.

¹³⁶¹ Precepto modificado por la Disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Hasta ese momento, el Código Civil determinaba que, a los efectos civiles, sólo se reputaría nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

¹³⁶² Hay que recordar que la norma reglamentaria es de 2005, anterior a la Ley de 2011 que modificó el mencionado art. 30 del Código Civil, que establecía el requisito de las 24 horas desprendido del seno materno. En cualquier caso, aunque así fuera, se eximía del mismo por la propia norma reglamentaria.

¹³⁶³ Este hecho, supuso un cambio importante, puesto que el Reglamento anterior, ya derogado (Real Decreto 1251/2001), establecía que, en el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado.

¹³⁶⁴ ROMERO BURILLO, A.M., "De la prestación por maternidad...", op. cit., págs. 63-88.

¹³⁶⁵ Arts. 14 y 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

la trabajadora sí tendría reconocida la prestación por nacimiento y cuidado de menor¹³⁶⁶.

En el supuesto de fallecimiento de la madre tras el parto, el otro progenitor tendría derecho a la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor durante todo el periodo de descanso o de la parte que le quedara por disfrutar de dicho periodo, computado desde la fecha del parto.

B) Adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar

La adopción fue introducida por la Ley 3/1989, incluyendo inicialmente la adopción de menores de cinco años como causa de suspensión del contrato de trabajo. Se trataba de un primer paso en el objetivo de equiparación de la maternidad biológica con otras figuras afines, como la adopción nacional o internacional, ambas figuras permitidas actualmente. Por tanto, se produjo una ampliación del bien jurídico tutelado, enriqueciéndose y potenciándose la institución de la “maternidad”¹³⁶⁷. Esta mejora, se consideró por muchos autores como un proceso histórico, que se inició en 1989, que supuso la asimilación entre el nacimiento biológico y la incorporación al ámbito familiar del menor adoptado^{1368 1369}.

El acogimiento se introdujo junto a la adopción a través de la Ley 42/1994 (art. 33), que se refería inicialmente al acogimiento previo. Posteriormente, la LCVFL matizó esta figura, refiriéndose al acogimiento tanto preadoptivo (acogimiento previo) como permanente, produciéndose una ampliación de los supuestos contemplados en la normativa precedente. Tras esta modificación, la doctrina judicial parecía tener una posición unánime respecto a cualquier otro tipo de acogimiento que no estuviera recogido expresamente por la norma, denegando el acceso a la prestación de maternidad en determinadas situaciones transitorias, referidas al acogimiento familiar simple. Así, a modo de ejemplo, la STSJ de Cataluña de 20/04/2001, consideraba que se trataba de un supuesto de “carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida que revista carácter más estable”, denegándole el derecho a la prestación de maternidad¹³⁷⁰. En 2007, con la entrada en vigor de la LOIMH, se incorporó como un

¹³⁶⁶ En este sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “Derecho del Trabajo”, 21ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013, pág. 756, entienden que quedaría excluido tanto el aborto voluntario como el involuntario.

¹³⁶⁷ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La maternidad...”, op. cit., pág. 179.

¹³⁶⁸ Por todos, NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., VELASCO PORTERO, T., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Igualdad y conciliación...”, op. cit., pág. 78.

¹³⁶⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V., “La Ley 3/1989 sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica”, Relaciones Laborales, 1989, págs. 14 y ss.

¹³⁷⁰ Otros pronunciamientos judiciales en este sentido son la STSJ de Cataluña de 06/03/2002, STSJ de Castilla La Mancha de 26/06/2002 y STSJ de Castilla y León de 30/01/2001.

supuesto concreto el acogimiento familiar simple. Éste último cambio supuso el fin de la doctrina judicial que no permitía el acceso a la denominada entonces, prestación de maternidad, por considerarla una situación temporal.

La guarda con fines de adopción se incluyó por la LET de 2015, como nuevo supuesto que no estaba recogido hasta el momento. Tuvo su origen en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Asimismo, el acogimiento familiar se incorporó como causa que puede originar el percibo de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, con la entrada en vigor de la LCVFL. El supuesto que da origen a la prestación en caso de adopción o acogimiento, requiere una atención especial porque no se encuentra vinculado a un hecho físico, sino a un hecho jurídico. Éste hecho deberá producirse 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 y se trate de menores de seis años.

C) La adopción y el acogimiento de menores por parte de otros familiares

Nos referimos a aquellas situaciones en las que, por diversas circunstancias, familiares adoptan o acogen a menores de edad, por ejemplo, la mujer que adopta los hijos de su cónyuge, o la mujer que adopta a los hijos de su hermana fallecida. En estos supuestos, los tribunales han estimado el reconocimiento a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, en base a los siguientes criterios: 1) se deben cumplir todos los requisitos para percibir la prestación por nacimiento y cuidado de menor; 2) la norma nada establece sobre que el menor adoptado no se encuentre incorporado e integrado en la unidad familiar con anterioridad al inicio del periodo de descanso; 3) la convivencia previa con el adoptante no es causa de denegación, anulación o suspensión del derecho; 4) el hecho de ser pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, o hijo del consorte del adoptante (art. 176 del Código Civil), no es un impedimento para causar derecho a la prestación; y 5) la finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir del momento de la adopción cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo del adoptante, cuando pasa a integrarse en la nueva familia^{1371 1372}.

¹³⁷¹ STS de 15/09/2010, STSJ de las Islas Baleares de 30/10/2006, STSJ de Galicia de 06/11/2013, SSTSJ de las Islas Canarias de 22/05/2014 y 27/04/2015, STSJ del País Vasco de 16/06/2015, STSJ de Madrid de 21/03/2018, STSJ de Cataluña de 06/07/2018 y STSJ de Aragón de 23/09/2019 (en este supuesto, se trataba de un menor con especiales dificultades de inserción familiar y social). La doctrina del TS viene a corregir numerosos pronunciamientos judiciales que en base a la convivencia previa entre adoptante y adoptado, no se podía causar derecho a la prestación. Por todas: SSTSJ de Cataluña de 20/02/2009 y 20/09/2010 (casada y unificada por la misma STS).

En estos supuestos, el INSS determina que la prestación económica, tiene por objeto favorecer la integración del menor en su nueva familia y en su entorno social. Así, si el menor no necesita este proceso de adaptación o integración en su nueva familia, la prestación no tendría sentido. Argumentación que ha sido rechazada por el TS, afirmando que “es a partir del momento de la adopción cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación del hijo adoptante, cuando pasa a integrarse en la nueva familia”¹³⁷³. Así, el TS adopta una postura más garantista, facilitando la promoción de adopciones de hijos del cónyuge, supuesto en el que, por un mismo sujeto causante, el progenitor adoptivo puede disfrutar de la totalidad del permiso, incluso cuando ha habido convivencia previa, sin perjudicar el derecho del otro progenitor¹³⁷⁴.

D) Otras situaciones particulares relacionadas con la adopción y el acogimiento

Nos referimos a los casos de adopción o acogimiento familiar de personas con discapacidad o de quienes, 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, siempre que el adoptado o acogido sea mayor de seis años y menor de dieciocho años. Se entiende que los menores de edad, adoptados o acogidos, que sean mayores de seis años, presentan alguna discapacidad cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía¹³⁷⁵. Situaciones incluidas en el RD 295/2009 y sobre la base del art. 45.1 d) LET. Se trata de una situación que plantea muchos interrogantes en su aplicación, generando cierta “indeterminación jurídica”, puesto que, por ejemplo, no se precisa si la incapacidad del menor se deberá acreditar por resolución administrativa; tampoco se determina cuáles son las “circunstancias y experiencias personales”; y no se indica como pueden acreditarse las “especiales dificultades de inserción social y familiar”¹³⁷⁶.

¹³⁷² Sobre la STS de 15/09/2010, véase FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Adopción del hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho: ¿derecho a una prestación por maternidad?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010, págs. 169-185. Concluye que se pone de manifiesto, que “la regulación de la maternidad resulta cuando menos inequitativa, si se valora en términos de protección del menor”.

¹³⁷³ STS de 15/09/2010.

¹³⁷⁴ GÓMEZ GORDILLO, R., “Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción”, *Aranzadi Social*, Vol. 3, núm. 21, 2011, pág. 64-65.

¹³⁷⁵ Es el grado mínimo de minusvalía que exige el RD 1971/1999.

¹³⁷⁶ VALLE MUÑOZ, F. A., “La protección laboral...”, *op. cit.*, pág. 56.

E) Constitución de tutela sobre menor por designación de persona física

Se considera como una situación protegida, asimilable para los supuestos de adopción y acogimiento, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor. Supuesto incluido en el RD 295/2009. Se permite de facto el acceso a la prestación por nacimiento y cuidado de menor a los abuelos u otros familiares que deben hacerse cargo del cuidado del hijo por fallecimiento de los padres.

F) Resoluciones judiciales o administrativas

Declaradas por instituciones jurídicas extranjeras cuya finalidad y efectos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, siempre que la duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación. En este supuesto, se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple. No se considerarán equiparables al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente. Supuesto incluido en el RD 295/2009.

4.3.1.2. Sujetos beneficiarios y requisitos generales para el acceso a la prestación

Los arts. 178 LGSS y 3 R.D. 295/2009, establecen que serán sujetos beneficiarios los trabajadores incluidos en el RGSS, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos por suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo durante el nacimiento (parto y cuidado de menor de doce meses) y en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, incluido el incremento adicional de dos semanas de suspensión, cuando el hijo tenga una discapacidad (art. 48 LET).

En este punto, debemos precisar que, la nueva redacción de los sujetos beneficiarios de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, proporcionada por el Real Decreto-ley 6/2019, cierra el debate en torno a las posibles situaciones de discriminación en el diferente tratamiento otorgado por las normas a la maternidad con respecto a la paternidad. Nos referimos a aspectos clave como, la titularidad, la cesión o transferencia del derecho, o su duración, de la que tanto se debatió, legisló y enjuició, quedan “olvidados” tras la reforma de 2019¹³⁷⁷.

En base a estos nuevos beneficiarios, se deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes dos requisitos generales:

¹³⁷⁷ Véase interesante punto de partida de PERÁN QUESADA, S., “De la tutela diferenciada...”, op. cit., págs. 129-130, que realiza a raíz de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, calificando como un “debate cerrado” toda la problemática que giraba en torno a ambos derechos.

A) Condición general para causar derecho a las prestaciones

Recogida en el art. 165.1 LGSS, por la que los trabajadores deberán estar afiliados y en alta en el RGSS o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario. Se trataría de verificar que el beneficiario de la prestación, se encuentra en activo en el momento de acceder a la contingencia protegida, en base a la afiliación y al alta o situación asimilada. Esta situación deberá producirse en la fecha del hecho causante o en aquella en la que se produzca el acceso a la prestación que, en todo caso, podrá ser el día del nacimiento o de la resolución correspondiente, en caso de adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción. Nada dice el legislador sobre el momento en el que deba producirse el alta, ni siquiera que hayan transcurrido determinados días desde esta alta hasta la fecha de la solicitud de la prestación. Llegado el caso, se le podría reconocer la prestación a un trabajador que fuera alta y baja el mismo día de la solicitud del correspondiente permiso. Así, la jurisprudencia del TS ha interpretado de manera flexible y carente de rigor formalista, el requisito de estar de alta en la seguridad social, o en situación asimilada, para los supuestos de trabajadores que han estado asegurados con regularidad durante su tiempo de trabajo activo. Habría que distinguir entre la sobrevenida de la situación que se pretende proteger, que es la fecha en la que el trabajador debe estar en alta y la fecha de los efectos, que es la del día siguiente, por ser el del inicio del descanso y la de su auténtica baja laboral¹³⁷⁸.

B) Períodos mínimos de cotización o carencia mínima

Recogidos en los arts. 178 LGSS y 5 RD 295/2009. Se trataría de verificar que el beneficiario ha contribuido previamente al sostenimiento económico del sistema. Para el acceso a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, se deben acreditar los siguientes periodos mínimos de cotización en base a la edad de la persona trabajadora:

- 1. Persona trabajadora tiene menos de 21 años:** no se exige período mínimo de cotización. Deberá tener esta edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Es importante matizar que este hecho no implica la transformación de la prestación hacia su modalidad no contributiva, puesto que es requisito indispensable ser trabajador y estar afiliado y en alta en algún Régimen de la Seguridad Social. Ahora bien, es llamativo que, para una prestación contributiva, no se exija período mínimo de cotización previa, no siendo coherente con esta modalidad. Algunos autores justifican este hecho en base a la denominada justicia social, por la que, como consecuencia de la juventud de los beneficiarios y la precariedad laboral que

¹³⁷⁸ SSTs de 19/06/2013 (casa y anula la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18/04/2012) y 19/01/2010. En el mismo sentido se falla en la STSJ de Castilla La Mancha de 04/05/2010.

sufren en muchas ocasiones, se presume que no tengan la experiencia laboral suficiente para acreditar el período mínimo de cotización¹³⁷⁹.

2. Persona trabajadora tiene entre 21 y 26 años: deberá tener cotizados:

- 2.1. Noventa días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso; o
- 2.2. Ciento ochenta días a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a la fecha del parto o de la resolución.

Deberá tener esta edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

3. Persona trabajadora tiene más de 26 años: deberá tener cotizados:

- 3.1. Ciento ochenta días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso; o
- 3.2. Trescientos sesenta días a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a la fecha del parto o de la resolución.

Deberá tener esta edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Para poder ser beneficiario, cada progenitor, de forma independiente deberá reunir los dos requisitos anteriormente citados (A) y B)).

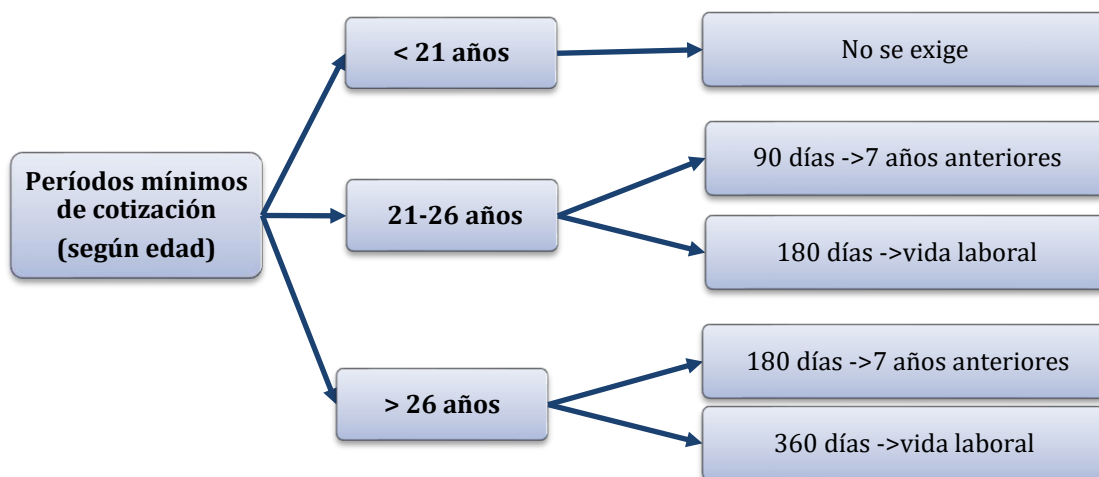


FIGURA 4.11. Períodos mínimos de cotización o carencia mínima para causar derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

¹³⁷⁹ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., “Dimensiones jurídico-laborales...”, op. cit., pág. 138. En el mismo sentido, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 79, 2009, pág. 168.

Entrando en el fondo del análisis y con relación al inicio de la prestación y edad relevante a efectos de la determinación del periodo mínimo de cotización, en el supuesto de parto y, con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad señalada será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso (en el caso que hubiera optado por iniciar la prestación antes de la fecha del parto), tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda. Es decir, la trabajadora, podrá iniciar el disfrute de la prestación, antes de la fecha del parto, pudiendo contabilizarse como cotizados, los días que transcurren entre la fecha de inicio de la prestación y la fecha probable del parto¹³⁸⁰. Si llegado este caso, la trabajadora no pudiera acreditar el período mínimo de cotización exigido, por ejemplo, en caso de adelanto de la fecha del parto, el subsidio se extinguirá y no estará obligada a devolver las prestaciones percibidas hasta el momento. En ese caso, a la trabajadora se le reconocerá el subsidio de naturaleza no contributiva, por el período que corresponda, a contar desde el parto. Este derecho de elección del momento del inicio del descanso, puede originar que el trabajador elija en función de la necesidad de reunir el periodo mínimo de cotización exigido y no en función de lo que considere óptimo para el menor y para él mismo¹³⁸¹.

En el supuesto de adopción internacional, la edad señalada será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda. En este supuesto, el descanso podrá comenzar a disfrutarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, siempre que sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado. Por tanto, se aplicaría una presunción de cotización desde la fecha de disfrute efectivo hasta la fecha prevista de la resolución¹³⁸². Si llegado este caso, los trabajadores no pudieran acreditar el período mínimo de cotización exigido en la fecha de la resolución judicial o administrativa, el subsidio se extinguirá y no estarán obligados a devolver las prestaciones percibidas hasta el momento. En ese caso, a los trabajadores se les reconocerá el subsidio de naturaleza no contributiva, por el período que corresponda, a contar desde la fecha de la resolución judicial o administrativa. Si transcurren las cuatro semanas mencionadas y aún no se hubiera emitido la correspondiente resolución judicial o administrativa, la entidad gestora podrá suspender cautelarmente el percibo de la prestación hasta el momento en que aquélla se produzca. Asimismo, si finalmente no llega a materializarse la adopción, los trabajadores no estarán obligados a devolver las

¹³⁸⁰ La fecha probable del parto, será la que se determine en el Informe de maternidad (art. 13 RD 295/2009).

¹³⁸¹ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., "La reforma de las prestaciones...", op. cit., pág. 171.

¹³⁸² BALLESTER PASTOR, M.A., "La prestación...", op. cit., págs. 60-61.

prestaciones percibidas hasta el momento de la denegación o de la finalización de las cuatro semanas sin resolución al efecto.

Por último, es preciso mencionar que cuando nos encontremos con el supuesto de un trabajador que haya cotizado a tiempo parcial, las reglas de este mecanismo varían ligeramente. Así, el período de tiempo al que se refiere la norma, dentro del cual debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido (siete años), se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual. Para que el lector comprenda más fácilmente este párrafo, se expone el siguiente ejemplo: un trabajador contratado a media jornada (50%), respecto a la completa, verá incrementado los 7 años en un 50% adicional, es decir, se ampliará hasta los 10 años y 6 meses. Nos parece una medida necesaria y de justicia, puesto que trata de corregir al alza los contratos de trabajo a tiempo parcial, para compensar la mayor dificultad que para este colectivo amplio (formado en una amplia mayoría por mujeres) supone cumplirla^{1383 1384}.

Este mecanismo de carencia mínima basado en la edad del beneficiario, fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico en 2007, con la entrada en vigor de la LOIMH (Disposición adicional decimoctava). Hasta ese momento, el período mínimo de cotización que se exigía era de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, con independencia de la edad de los progenitores^{1385 1386}.

¹³⁸³ BALLESTER PASTOR, M.A., “La prestación...”, op. cit., pág. 62.

¹³⁸⁴ No olvidemos que, según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), durante 2019, el 23,80% de las mujeres españolas que estaban trabajando, lo hacían a tiempo parcial, frente al 7,00% de los hombres. A nivel europeo (UE-28), este porcentaje se eleva al 31,7% para las mujeres, cuatro veces superior al de los hombres (8,8%), según datos de Eurostat analizados en un informe del Instituto de Estudios Económicos (IEE) y referenciado en Diario La Ley de 24 de mayo de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

¹³⁸⁵ La introducción del mecanismo de carencia basado en la edad, surgió durante la tramitación parlamentaria de la LOIMH. El texto original presentado como proyecto de ley por el Gobierno, no incluía este mecanismo, sino que fue incorporado por la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, mediante Dictamen publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG) de 21/12/2006 Serie A. Núm. 92-14. Sin embargo, este mecanismo se dispuso inicialmente sólo para los casos de maternidad biológica y únicamente con relación a la madre. Durante la tramitación en el Senado, el Grupo Parlamentario Socialista a través de la enmienda núm. 207, hizo extensivo este mecanismo a todos los trabajadores y bajo todas las formas de maternidad. El objetivo de esta enmienda era, extender a todos los supuestos de descanso por maternidad, los beneficios establecidos en materia de exigencia de período mínimo de cotización. Esta enmienda fue aprobada (BOCG Senado, Serie II, núm. 84, 21/02/2007, pág. 119). Durante el debate en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados, se explicaba que el período de cómputo se relativizaba y se transformaba “en una escala en función de la edad de la mujer afectada por la maternidad, de manera que, si es menor de 21 años, sea cero días cotizados; si tiene entre 21 y 25 años, sea 90 días, y si es mayor de 25 años, sean 180 días dentro de los ocho años anteriores. Por tanto, estamos buscando elementos que permitan hacer uso del derecho que se tiene. Ese subsidio, que afecta a las mujeres que están en paro, a las que tienen en este momento alguna situación de marginalidad y que afecta también a las trabajadoras autónomas, permite en estos momentos tener resuelta también una cobertura de aquellas mujeres trabajadoras autónomas que ante la maternidad renuncian a su negocio o a su actividad profesional y que por tanto quedaban exclusivamente cubiertas por el seguro de baja por enfermedad” (BOCG Congreso de los Diputados núm. 723, 12/12/2006, pág. 22).

Un sector de la doctrina científica, valora en líneas generales, de forma positiva este mecanismo basado en la edad, determinando que este sistema alternativo que permite el cómputo durante toda la vida laboral, “constituye un elemento de flexibilización en aras a propiciar una mayor extensión subjetiva de la protección, sin romper con la estructura contributiva”¹³⁸⁷. Se pretende ajustar el esfuerzo contributivo del trabajador a sus posibilidades reales, puesto que cuando más joven es, más corta es su vida laboral. De esta forma, se verían beneficiados los trabajadores con carreras profesionales discontinuas, que es el caso de las personas con responsabilidades familiares¹³⁸⁸. Sin embargo, otro sector doctrinal, no ha valorado positivamente todos los aspectos relacionados con este mecanismo, puesto que, por ejemplo, determinados autores estiman que no se corresponde con la realidad del mercado laboral actual, basado en una tardía incorporación al trabajo¹³⁸⁹. Incluso se considera que esta escala incorporada por la LOIMH, no es un beneficio, sino que nos encontramos ante una penalización, puesto que “no tiene demasiada justificación que se establezca una carencia cualificada para el acceso a la prestación de maternidad”¹³⁹⁰. Por lo que, en aras de la flexibilidad y la potenciación de la maternidad, sería más acertado haber hecho desaparecer el requisito de cotización¹³⁹¹. En este sentido, se pone en cuestión la eficacia de los tramos de edad, que se consideran especialmente gravosos para los supuestos de filiación no biológica, puesto que normalmente las personas que optan por este tipo de filiación, superan con creces los 26 años, debiendo acreditar, en consecuencia, el período más largo de cotización de los previstos por la norma¹³⁹².

En nuestra opinión, no es significativo el escalado de los beneficiarios en función de la edad, puesto que, teniendo en cuenta que la edad media de las mujeres en la que se produce el nacimiento de sus hijos es de 31 años, una gran mayoría deberá acreditar el periodo mínimo de carencia, correspondiente al apartado de trabajadores mayores de 26 años, es decir, ciento ochenta días cotizados dentro de los siete años

¹³⁸⁶ Es interesante mencionar que, durante la tramitación parlamentaria de la LOIMH en el Congreso de los Diputados, la Enmienda núm. 426, firmada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), planteaba eliminar por completo el requisito de previa cotización. No salió aprobada esta propuesta (BOCG Congreso de los Diputados, Serie A. Núm. 92-10, 22/11/2006, pág. 184).

¹³⁸⁷ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., “Dimensiones jurídico-laborales...”, op. cit., pág. 139, en referencia a TORTUERO PLAZA, J.L., “50 Propuestas para Conciliar la Vida Familiar y Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 136.

¹³⁸⁸ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., “Dimensiones jurídico-laborales...”, op. cit., pág. 139, en referencia a BALLESTER PASTOR, M.A., “Licencia por maternidad: aspectos laborales y de seguridad social”, Cuadernos de derecho judicial, núm. 17, (Ejemplar dedicado a: Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida laboral y protección contra la violencia de género), 2006, págs. 49-96.

¹³⁸⁹ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “La prestación por maternidad”, Bomarzo, 2013, pág. 85.

¹³⁹⁰ BALLESTER PASTOR, M.A., “La prestación...”, op. cit., pág. 61.

¹³⁹¹ ROMERO BURILLO, A.M., “De la prestación por maternidad...”, op. cit., págs. 63-88.

¹³⁹² ROMERO BURILLO, A.M., “De la prestación por maternidad...”, op. cit., págs. 63-88.

inmediatamente anteriores¹³⁹³. Asimismo, como se deduce del propio mecanismo, si una trabajadora está contratada en el momento de iniciar su embarazo, o bien comienza a trabajar en los primeros días de gestación, no hay duda de que reunirá el período mínimo de cotización, con independencia de la edad de la misma, salvo para trabajos a tiempo parcial. Por lo que, insistimos en otorgar la importancia justa a este sistema de escalado de los beneficiarios en función de la edad. Finalmente, consideramos que este mecanismo puede tener una interpretación positiva, enfocada a facilitar el acceso a esta prestación a los progenitores más jóvenes que, probablemente son el colectivo que cuenta con menos recursos disponibles para el cuidado de los menores y que cuentan con menor historial laboral, con el que poder acreditar el período mínimo de cotización. En definitiva, son medidas que ayudan a la flexibilización del acceso a esta prestación, fomentando de forma paralela e indirecta la natalidad y, en determinadas ocasiones, facilitando que los embarazos lleguen a término.

4.3.1.3. Situaciones asimiladas a la de alta para el supuesto de prestación por nacimiento y cuidado de menor

Las situaciones particulares de asimilación al alta para el supuesto de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, las clasificamos en cuatro bloques:

A) Las situaciones establecidas en el art. 4 RD 295/2009

- 1. Desempleo total:** la situación legal de desempleo total por la que se perciba la prestación de nivel contributivo, se entiende que no es válido el desempleo parcial. En el supuesto que la prestación por desempleo esté suspendida cautelarmente por no superar una revisión, el trabajador se asimila al alta, puesto que “una cosa es suspender cautelarmente el pago de la prestación y dejar de abonarla al beneficiario hasta que la resolución administrativa sea definitiva, y otra muy distinta, pretender extender las consecuencias de la suspensión a todos los efectos jurídicos que comporta la inscripción como desempleado, entre ellos singularmente, que supone estar en situación de alta o asimilada en orden a otras diferentes prestaciones”, por lo que, sí tendría acceso a la prestación por nacimiento y cuidado de menor¹³⁹⁴.
- 2. Cargo público representativo:** el mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de

¹³⁹³ Véase epígrafe de *Indicadores sociolaborales en materia de maternidad*, dentro del apartado *Introducción y cuestiones generales* de este estudio.

¹³⁹⁴ STSJ de Cataluña de 10/06/2004.

excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo, de acuerdo con lo establecido en los arts. 46.1 y 48.3 LET.

3. **Traslado internacional:** el traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.
4. **Colectivos de artistas y de profesionales taurinos:** los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
5. **Vacaciones anuales retribuidas:** la situación del trabajador durante el periodo de vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato. El actual art. 166.2 LGSS, establece un texto idéntico aplicable a todas las prestaciones, a excepción de los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural. En estos supuestos, corresponde el reconocimiento de la prestación, por encontrarse la trabajadora en situación asimilada al alta, por corresponder a la extensión de los efectos del alta tras la extinción del contrato por vacaciones y otros descansos abonados en metálico y no disfrutados¹³⁹⁵.
6. **Víctimas de violencia de género:** los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género. Aspectos incluidos en el art. 21, apartados 2 y 5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En estos supuestos, el art. 48.10 LET establece que el periodo de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses.
7. **Régimen Especial Agrario:** la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el art. 71 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.
8. **Diputados y senadores:** el convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas, regulados, respectivamente, en los arts. 11 y 12 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de

¹³⁹⁵ STSJ de Castilla y León de 26/09/2016 y STSJ de Cataluña de 02/02/2017.

octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social.

- 9. Trabajadores fijos discontinuos:** los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad. En este caso, si el parto tiene lugar durante un periodo de inactividad, se tendrá derecho a la prestación cuando, por reanudación de la campaña, la trabajadora debiera ser llamada¹³⁹⁶.

B) Las situaciones establecidas en el art. 36.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social

Determina como situaciones asimiladas a la de alta (entre otras) y que se aplican para el acceso a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, las siguientes¹³⁹⁷:

- 1. Desempleo y paro involuntario:** situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo.
- 2. Excedencia forzosa:** situación regulada en el art. 46.1 LET, que establece el derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, concediéndose por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. El reingreso debe solicitarse dentro del mes siguiente al cese en el cargo público. En efecto, es claramente una situación asimilada al alta, como así han mantenido las resoluciones de los tribunales de justicia¹³⁹⁸.
- 3. Convenio especial:** suscripción de convenio especial en sus diferentes tipos.

¹³⁹⁶ STSJ de Murcia de 30/12/1993

¹³⁹⁷ Se relacionan todas a excepción de las que ya se han incluido en el bloque anterior.

¹³⁹⁸ STSJ de Asturias de 22/09/2000.

C) Otras situaciones asimiladas al alta y que se aplican para el acceso a la prestación por nacimiento y cuidado de menor

- 1. Extinción del contrato de trabajo:** durante la situación de incapacidad temporal, interrumpida por pasar a la situación de descanso por maternidad¹³⁹⁹. Se regula en el art. 10.4 RD 295/2009 y se ha considerado como situación asimilada al alta por los tribunales de justicia¹⁴⁰⁰.
- 2. Situaciones de huelga y cierre patronal:** el art. 8.8 RD 295/2009, permite el reconocimiento y la percepción del subsidio. Por ello, entendemos que estas situaciones se consideran asimiladas al alta. Incluso durante las situaciones de cierre patronal sin preaviso y sin notificación a los trabajadores, incumpliendo el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, se considera situación asimilada a la de alta¹⁴⁰¹.
- 3. Suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias:** esta situación no se recoge como tal por la normativa de la Seguridad Social, tanto genérica como específica, sin embargo, se han detectado pronunciamientos judiciales que permiten calificarla como asimilada al alta en base a la analogía en un caso similar. Así, nos encontramos ante una situación que se produce cuando estando en suspenso la relación laboral por razones disciplinarias, le sobreviene la contingencia de baja en el trabajo por razón de maternidad. El TS en sentencia de 30/05/2000, determina que ante casos análogos sobre reclamación de prestaciones económicas por baja de maternidad causada no estando la trabajadora en situación de alta en la Seguridad Social, y sí en IT desde la extinción del contrato de trabajo hasta el día anterior en que se causó la baja por maternidad, “no considerar la situación a la de asimilada al alta traería consigo la generalización de situaciones de desprotección”, que “no se justificaría, a la luz de los principios que configuran la acción protectora del sistema”¹⁴⁰². Por tanto, entiende que debe también extenderse a los supuestos de suspensión de la relación laboral a consecuencia de sanción disciplinaria, cuando acaece la contingencia de maternidad. La analogía resulta aquí aplicable porque existe semejanza relevante entre los respectivos y se aprecia asimismo la identidad de razón¹⁴⁰³.

¹³⁹⁹ Denominada por muchos autores como incapacidad temporal técnica. Por todos: FERNÁNDEZ PRATS, C., “Cotización durante la incapacidad temporal técnica y sus consecuencias en la acción protectora, un problema no resuelto tras la Ley 40/2007”, Revista de Derecho Social, núm. 42, 2008 págs. 109 y ss.

¹⁴⁰⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana de 06/06/2002 y STSJ de Murcia de 14/06/2004.

¹⁴⁰¹ STSJ de Castilla y León de 17/12/2003.

¹⁴⁰² Refiriéndose a la STS de 20/01/1995.

¹⁴⁰³ Otro pronunciamiento judicial sobre caso similar: STSJ de Asturias de 12/03/2004.

- 4. Permiso sin sueldo:** el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, determina en sus arts. 13.2 y 69.1 que durante la situación de permiso sin sueldo se mantiene la obligación de cotizar, por lo que se estaría en un supuesto de alta sin retribución, que no daría lugar a una excedencia¹⁴⁰⁴.
- 5. Período de tramitación del juicio de despido:** siempre que se declare posteriormente improcedente o nulo. Es interesante analizar la jurisprudencia del TS ante este tipo de situaciones, en la que cabe plantearnos: *¿qué sucedería, con relación a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, cuando un trabajador es despedido y posteriormente su despido es declarado nulo o improcedente, con condena al empresario a abonar salarios de tramitación, así como a abonar las cotizaciones de Seguridad Social correspondientes a dichos salarios?* El TS lo tiene claro, se trata de una situación asimilada al alta¹⁴⁰⁵. “La declaración de improcedencia o nulidad del despido obliga a la empresa, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias de aplicación, a cotizar por el período correspondiente a salarios de tramitación (...), durante la tramitación del proceso de despido, puede adquirir con efectos retroactivos la situación de asimilación al alta, en caso de improcedencia o nulidad sobrevenidas del despido acordado”¹⁴⁰⁶.
- 6. Período de vacaciones no disfrutadas por extinción del contrato:** corresponde el reconocimiento de la prestación por maternidad, por encontrarse la trabajadora en situación asimilada al alta por corresponder a la extensión de los efectos del alta tras la extinción del contrato por vacaciones y otros descansos abonados en metálico y no disfrutados.

D) La excedencia por cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo, como situación asimilada al alta

Con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del RD 1251/2001, determinadas resoluciones de los tribunales de justicia, consideraron que, en base al contenido del art. 36 del RD 84/1996, se establecía como situación asimilada a la de alta, la de excedencia para el cuidado de los hijos con reserva del puesto de trabajo, período que de conformidad con lo dispuesto en el art. 46.3 LET alcanzaba el año¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁴ Planteamiento corroborado por la STSJ de Cataluña de 19/02/2002.

¹⁴⁰⁵ SSTJS de 22/01/2016 (confirma la STSJ de Cataluña de 24/03/2014), 13/11/2014 (confirma la STSJ de Andalucía de 09/05/2013) y 03/06/2014.

¹⁴⁰⁶ STS de 29/04/2010, citando la STS de 04/12/2007.

¹⁴⁰⁷ SSTSJ de Madrid de 29/10/1999 y 30/01/2001, STSJ de Aragón de 08/10/2001 y STSJ de Murcia de 07/06/1999.

Tras la aprobación y posterior entrada en vigor del RD 1251/2001, a través de la Disposición Adicional Tercera, se excluyó expresamente el periodo de excedencia por cuidado de hijos como situación asimilada al alta para el acceso a la prestación por maternidad, por lo que, los tribunales de justicia, variaron el sentido de sus fallos con relación a la fase anterior¹⁴⁰⁸. Sin embargo, no podemos obviar que el art. 180 LGSS (1994), contemplaba el primer año del periodo de excedencia como tiempo cotizado a efectos de la prestación por maternidad, por lo que numerosos tribunales fallaban a favor del contenido del precepto de 1994. Determinaban que, el RD 1251/2001 contradecía lo dispuesto en la LGSS de 1994, que reconocía como período de cotización efectiva, el primer año de excedencia por cuidado de hijos y que lo hacía sin excluir ninguna prestación, por lo que no podía excluirse la maternidad por medio de un Real Decreto¹⁴⁰⁹. En casación, el TS determinó que, a raíz de la Ley 42/1994, el legislador estableció “una regulación separada de la maternidad respecto de la incapacidad temporal, por lo que la excepción prevista en el reglamento ha de interpretarse de manera estricta, sin ir más allá de lo que contiene su tenor literal. Debe concluirse, por tanto, que el requisito de alta o situación asimilada se cumple a los efectos de la prestación de maternidad en el supuesto de maternidad sobrevenida en situación de excedencia por cuidado de hijos”¹⁴¹⁰.

En base a estas resoluciones del TS, el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, consideró –a los efectos del acceso a las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad– como en situación de alta a los trabajadores que disfruten de los períodos de excedencia con reserva del puesto de trabajo establecidos para el cuidado de hijos. Tras la entrada en vigor del RD 295/2009, pocos cambios se produjeron en este sentido, puesto que su Disposición adicional cuarta, contenía un texto prácticamente idéntico al que se incluyó en el RD 1521/2001, por el que tenía “la consideración de situación asimilada a la de alta a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que respecta a incapacidad temporal, maternidad y paternidad, el periodo de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del periodo considerado como de cotización efectiva en el artículo 180 del Ley General de la Seguridad Social”.

La regulación que sobre este asunto ha regulado el texto de la LGSS, ha ido variando tras las sucesivas reformas legales que ha sufrido. Así, la LOIMH, amplió a los dos primeros años (un año adicional con respecto al texto de 1994) el periodo de

¹⁴⁰⁸ SSTSJ de Madrid de 21/11/2002 y 12/01/2004, SSTSJ de Cataluña de 14/05/2002 y 16/07/2004, STSJ de la Comunidad Valenciana de 30/11/2004,

¹⁴⁰⁹ STSJ de la Comunidad Valencia de 16/02/1999, STSJ de Castilla La Mancha de 24/11/1999, STSJ de Aragón de 08/10/2001, STSJ de Cantabria de 11/02/2004 y STSJ de las Islas Canarias de 20/05/2004.

¹⁴¹⁰ SSTS de 14/11/2002 (que ratificaba la STSJ de Aragón de 08/10/2001) y 15/12/2003.

excedencia durante el cual, para los trabajadores sería considerado como de cotización efectiva a efectos de la prestación por maternidad. Similar mejora se produjo con la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, por el que se ampliaba a la totalidad del periodo de excedencia que se permitía para el cuidado de hijos, de acuerdo al art. 46.3 LET, que se fijaba en tres años, periodo de tiempo que se mantiene en la actualidad, conforme al art. 237 LGSS. Sobre la aplicación de la Ley 27/2011, mencionamos un caso particular sobre la posible extensión de la mejora temporal, cuando se hubiera iniciado el período de excedencia, con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. Así, la STSJ de La Rioja de 11/12/2015, establece que el derecho al cuidado de los hijos, está asociado a la maternidad de la mujer trabajadora, amparada por el art. 14 CE, y, por tanto, “la interpretación y aplicación de las normas que a ella se refieren ha de realizarse en la forma que resulte más favorable a la efectividad del derecho, como así mantiene el TC en, por todas, su sentencia 233/2007, de 5 de noviembre”. Por ello, al tratarse de una mejora y ampliación temporal (de dos a tres años), resulta más favorable para la trabajadora, por lo que se concluye que se encontraba en situación asimilada al alta al tiempo del nacimiento de su hijo, y, por tanto, que ostentaba el derecho a la prestación de maternidad.

Ante un caso de pluriempleo o pluriactividad, en el que una trabajadora en situación de excedencia para el cuidado de hijos, ejerce otra actividad profesional (aspecto regulado en el art. 2.6 RD 295/2009), la reciente doctrina jurisprudencial del TS, determina que no es necesaria una dedicación exclusiva al cuidado de hijos o familiares, puesto que, la LGSS no lo exige de esta forma. Así, en la medida en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor, no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos –que ha dejado de obtener precisamente por la excedencia para el cuidado de hijos– unas consecuencias tan negativas. Compatibilidad que debe ser probada, siempre que las características del trabajo permitan conciliar con el cuidado del menor^{1411 1412}.

¹⁴¹¹ SSTs de 14/11/2002, 15/12/2003 y 10/02/2015 (dictada en unificación de doctrina contra la STSJ de Castilla y León de 30/10/2013. Argumentos que se comparten en la STSJ de Asturias de 26/12/2018. Ésta última sentencia reconoce la prestación a trabajadora en situación de excedencia para el cuidado de hijo que realizaba durante la misma, una actividad profesional compatible con la conciliación con el cuidado del menor (autónoma). Se trata de una situación asimilada al alta que da derecho a la prestación por nacimiento de otro hijo: la cotización efectiva y situación asimilada al alta de los períodos de excedencia por cuidado de hijos no están anudados a la dedicación exclusiva al cuidado de hijos o familiares.

¹⁴¹² Sobre la STS de 10/02/2015, véase comentario en SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo...(2015)”, op. cit., págs. 435-436.

4.3.1.4. Requisitos específicos para determinados supuestos particulares

Con independencia de los requisitos generales que deban cumplirse para el acceso a la prestación económica (*epígrafe 4.3.1.2*), citamos determinados supuestos particulares, en base a condiciones que deberán cumplirse:

- 1. Fallecimiento de uno de los progenitores:** independientemente del sexo, el otro progenitor podrá continuar percibiendo la prestación económica durante todo el periodo de descanso o durante la parte que quedar por disfrutar de dicho periodo. Recordemos nuevamente que, el RD 295/2009 no recoge las novedades introducidas por el Real Decreto-ley 6/2019, que ya no permite la opción por el disfrute del permiso en favor del otro progenitor, puesto que la titularidad ya es compartida por ambos progenitores¹⁴¹³.
- 2. Pluriempleo o pluriactividad:** el beneficiario disfrutará de los descansos y prestaciones en cada uno de los empleos de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso. El trabajador podrá acceder a la prestación por algunos de los empleos o actividades, pero no por otros, produciéndose “una compatibilidad entre el trabajo efectivo prestado en aquellos empleos o actividades en los que no se ha accedido a la prestación y la prestación simultánea correspondiente a los empleos o actividades que sí la hayan admitido. Con el necesario cumplimiento del periodo de disfrute obligatorio post parto de seis semanas, que debe producirse en todos los empleos y actividades, la compatibilidad descrita es posible”¹⁴¹⁴. En el cálculo de las prestaciones se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación a la base reguladora del correspondiente régimen el tope máximo establecido a efectos de cotización. Cuando en supuestos de pluriactividad, los trabajadores acrediten las condiciones para acceder a la prestación únicamente en uno de los regímenes, se reconocerá una única prestación, teniendo en cuenta exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen. Y en ningún caso, se reconocerá una prestación no contributiva en el otro régimen, en el que no cumpliera los requisitos para una de carácter contributivo. Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se sumarán las cotizaciones realizadas en todos ellos siempre que no se superpongan y se causará la prestación en el régimen en el que se acrediten más días de cotización. Si

¹⁴¹³ Con la salvedad de lo dispuesto en la Disposición transitoria decimotercera de la LET. Aplicación paulatina del artículo 48 en la redacción por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en la que se establece un régimen transitorio hasta el 1 de enero de 2021, fecha en la que, cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión del contrato de trabajo, incluyendo seis semanas de permiso obligatorio para cada uno de ellos, siendo de aplicación íntegra la nueva regulación dispuesta en el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo.

¹⁴¹⁴ BALLESTER PASTOR, M.A., “La prestación...”, op. cit., pág. 76.

finalmente, aun totalizando las cotizaciones, no se alcanza el derecho, se reconocerá, en caso de parto, el subsidio de naturaleza no contributiva.

- 3. Trabajadores contratados a tiempo parcial:** se estará a lo dispuesto en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, sobre todo lo referido al periodo de cotización, cálculo de la base reguladora y la duración del percibo de la prestación económica. Para acreditar el período de cotización necesario para causar derecho a la prestación, 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.
- 4. Trabajadores responsables del ingreso de las cotizaciones:** será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación, que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. Se deberá estar a lo dispuesto en el art. 47 LGSS.
- 5. Subsidio especial por parto, adopción o acogimiento múltiples:** tendrá la condición de beneficiario quien a su vez lo sea de la prestación económica, siempre que, en caso de nacimiento múltiple, la madre disfrute un periodo de descanso de seis semanas inmediatamente siguientes al parto. El progenitor distinto de la madre biológica también deberá suspender su contrato durante las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil. Éste último requisito y por el motivo citado, deberán cumplirlo ambos progenitores en los supuestos de adopción o acogimiento.
- 6. Incompatibilidades:** el percibo de la prestación por nacimiento y cuidado de menor es incompatible con el abono de salarios o retribuciones correspondientes al mismo período, para los empleados públicos, con excepción de las percepciones concedidas en concepto de acción social o las complementarias de la mencionada prestación de Seguridad Social y sin perjuicio de las especialidades previstas en el RD 295/2009 y en los supuestos de disfrute del descanso a tiempo parcial y en los casos de pluriempleo y pluriactividad (como ya citábamos en apartados anteriores). Asimismo, el permiso por nacimiento y cuidado de menor a tiempo parcial, es incompatible con el disfrute simultáneo por los mismos trabajadores de los derechos previstos en los apartados 4, 5 y 6

del art. 37 LET. Será asimismo incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el art. 46.3 LET¹⁴¹⁵.

4.3.1.5. Prestación económica y cálculo

La prestación económica por nacimiento y cuidado de menor, consiste en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes. Como ya se citaba en apartados anteriores, la entrada en vigor de la Ley 42/1994, supuso un cambio sustancial en la cuantía de esta prestación económica, evolucionando del 75% al 100% de la base reguladora. Sin lugar a dudas, fue un paso importante, porque se favorecía el mantenimiento de la capacidad económica de los trabajadores y no desincentivaba el disfrute de este permiso por parte del otro progenitor¹⁴¹⁶, hecho que actualmente carece de relevancia, puesto que se trata de un derecho de titularidad individual, sin posibilidad de cesión al otro progenitor.

La base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. A tal efecto, la base reguladora es 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 (este divisor será concretamente: 30, si el trabajador tiene salario mensual; 30, 31, 28 o 29 si tiene salario diario)¹⁴¹⁷. No obstante, si el trabajador ingresa en la empresa en el mismo mes en que se inicia el descanso, se tomará para la base reguladora la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados. También, se tomará como divisor los días efectivamente cotizados, cuando el trabajador no ha permanecido en alta durante todo el mes natural anterior¹⁴¹⁸.

Estas reglas se resumen en tres afirmaciones: 1) si el trabajador permanece todo el mes en alta y se le retribuye mensualmente, el divisor será 30, aunque el número efectivo de días naturales del mes correspondiente sea otro (28, 29 o 31); 2) en caso de retribución diaria, el divisor variará según el número de días del mes en cuestión (31, 30, 28 o 29); y 3) cuando no haya habido situación de alta durante todo el mes

¹⁴¹⁵ Real Decreto 295/2009. Disposición adicional primera. Suspensión del contrato de trabajo y cese en la actividad por maternidad y paternidad a tiempo parcial.

¹⁴¹⁶ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., "Dimensiones jurídico-laborales...", op. cit., pág. 141.

¹⁴¹⁷ Art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁴¹⁸ Sobre este asunto, el TS ha fallado casando y unificando doctrina a través de sus sentencias de 30/09/2004 y 21/10/2005. Otros tribunales también han fallado en el sentido de la literalidad del precepto, no permitiendo una interpretación flexible de la norma (STSJ de Murcia de 03/07/2006, STSJ de Aragón de 16/05/2007 y STSJ de Cataluña de 05/02/2008).

anterior, el divisor se corresponderá con el número de días en los que el trabajador ha permanecido en alta durante el mes anterior a la baja¹⁴¹⁹.

Para el cálculo de la base reguladora, se toman los conceptos retributivos periódicos de carácter mensual. Los conceptos superiores al mes o los que no sean periódicos se computarán mediante el promedio de la base de cotización correspondiente a tales conceptos durante los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación del descanso. Sobre la fórmula para el cálculo de la base reguladora, el TS en su sentencia de 16/11/2006, explicaba las dos reglas que recoge la normativa: 1) una regla general para el cómputo mensual de las cantidades percibidas en el mes anterior a la baja; y 2) una regla especial de “anualización”, cuando las retribuciones tengan una periodicidad superior a la mensual o no sean periódicas. A tal efecto, se falló que los complementos salariales que se otorguen en función del rendimiento individual del trabajador y la buena marcha de la empresa, son conceptos no periódicos y no se devengan mensualmente (aunque se perciban la mayoría de los meses, se desconoce su importe exacto, pudiendo haber importantes diferencias entre un mes y otro), por lo que deben ser computables anualmente, aplicándose la excepción a la regla general¹⁴²⁰.

Sobre la fórmula de cálculo de la prestación económica y su relación con la base reguladora de la incapacidad temporal, es importante precisar que, el legislador no está vinculando la base reguladora de la maternidad a una situación real de incapacidad temporal, sino que está configurando aquella con las mismas reglas que sirven para la situación de incapacidad temporal. De tal forma que, si se produce la fecha de inicio del periodo de descanso y en el mes anterior se encontraba en incapacidad temporal, no ha de estarse al concepto de base reguladora de la incapacidad temporal sino al concepto de base de cotización durante la situación de incapacidad temporal¹⁴²¹.

Por último, es preciso mencionar que la base reguladora es de titularidad individual, calculándose conforme a la retribución del beneficiario, teniendo cada uno su propia base, con independencia del progenitor. Este dato era esencial hasta la reforma de 2019, momento desde el que ya no se permite la cesión del derecho al otro progenitor, siendo un derecho de titularidad individual e intransferible. Por ello, era importante conocer la forma del disfrute del permiso: simultánea o sucesivamente y si era ejercido por uno o los dos progenitores.

¹⁴¹⁹ STSJ de Cataluña de 05/02/2008, en referencia a la STSJ de Asturias de 28/07/1995).

¹⁴²⁰ Sobre la aplicación de estas reglas, véase, RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R., “Base reguladora de la prestación por maternidad: comisiones pagadas el mes anterior al inicio del descanso por maternidad. ¿Deben incluirse en la base reguladora las del mes anterior o las de todo el año anterior de forma prorrateada?: comentario a la STSJ de Cantabria (Sala de lo Social), de 7 de febrero de 2007”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007, págs. 1353-1355.

¹⁴²¹ JS núm. 4 de Sevilla de 12/04/2017.

Con relación al cálculo de la base reguladora, abordamos los siguientes supuestos particulares:

A) Base reguladora provisional

La prestación podrá reconocerse por el INSS, por resolución provisional, teniendo en cuenta la última base de cotización por contingencias comunes que conste en las bases de datos corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a las mismas la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes inmediatamente anterior al del inicio del descanso o del permiso por nacimiento y cuidado de menor. Hay que tener en cuenta que las cotizaciones realizadas por la empresa, se declaran en el mes siguiente, por lo que a efectos de facilitar la gestión y no demorar el abono, se realiza esta práctica¹⁴²². Si a posteriori, comprueba que la base de cotización por contingencias comunes del mes inmediatamente anterior al de inicio del descanso o permiso fuese diferente a la utilizada en la resolución provisional, se recalcularía la prestación y se emitiría una resolución definitiva¹⁴²³. Si la base no hubiese variado, la resolución provisional devendría definitiva en un plazo de tres meses desde su emisión.

B) Trabajos a tiempo parcial

En el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial, la base reguladora diaria de la prestación económica será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización, durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre trescientos sesenta y cinco. En el supuesto de que el trabajador tenga una antigüedad inferior al año, la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan¹⁴²⁴.

La prestación se abonará durante todos los días en los que el trabajador permanezca en situación de suspensión laboral, con la duración legalmente prevista para los períodos de descanso por las situaciones protegidas por nacimiento y cuidado de menor¹⁴²⁵.

Se trata de unas reglas muy específicas para los trabajadores contratados a tiempo parcial que, analizadas, nos permite hallar los dos supuestos sobre los que el legislador ha operado: 1) supuesto general: trabajador con una antigüedad superior a un año, la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de

¹⁴²² RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., "Dimensiones jurídico-laborales...", op. cit., pág. 141.

¹⁴²³ Modificación excepcional de la base reguladora que se permite en base a los art. 7.8.c) y 14.3 RD 295/2009.

¹⁴²⁴ Arts. 248.1 b) LGSS, 7.2 RD 295/2009 y 6.2 RD 1131/2002.

¹⁴²⁵ Art. 6.3 RD 1131/2002.

cotización, durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre trescientos sesenta y cinco. En determinados supuestos puede implicar una significativa reducción de la base reguladora, cuando haya trabajadores que no hubieran trabajado durante todos los días del año anterior (por ejemplo, los fijos-discontinuos); y 2) supuesto particular: trabajador con una antigüedad inferior al año, en cuyo caso, la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan. Damos por cierto que, esta fórmula es más equitativa y, en nuestra opinión más justa, en cuanto el legislador se refiere a los días efectivamente trabajados. Para cualquiera de los dos casos, el legislador ha contemplado que la percepción de la prestación se mantenga durante todo el tiempo que dure la suspensión de contrato por nacimiento y cuidado de menor. Ciertamente, se trataría de una manera de resarcir o compensar la baja cuantía de la base reguladora calculada con el supuesto general¹⁴²⁶.

En el supuesto que un trabajador haya tenido una sucesión de contratos, a tiempo parcial y a tiempo completo, siempre con la misma empresa y hallándose a tiempo parcial en el momento del hecho causante, nos preguntamos, *¿cómo se calcula la base reguladora para la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor?* Para estos casos, los fallos judiciales han resuelto que la base reguladora ha de calcularse tomando las reales bases de cotización de los doce meses inmediatamente anteriores al hecho causante, puesto que ninguna norma impone que hayan de tomarse en exclusiva las cotizaciones realizadas por el contrato vigente, con independencia de que el trabajador tuviera contratos distintos en función de la jornada realizada. Se trata de adecuar la prestación al principio de proporcionalidad con la cotización efectiva y proteger los intereses constitucionales, ligados a la maternidad, en juego. Por lo que no se puede pretender que la Entidad Gestora calcule la base reguladora tomando en cuenta exclusivamente los días de cotización en el último contrato a tiempo parcial, sin tener en cuenta las cotizaciones anteriores realizadas en contratos de trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial, siempre para la misma empresa¹⁴²⁷.

Continuando con las particularidades para el cálculo de la base reguladora en supuestos en los que no se realice un trabajo a tiempo completo, es preciso abordar la problemática que gira en torno a los casos de acceso a la prestación desde una

¹⁴²⁶ Argumentos defendidos por BALLESTER PASTOR, M.A., "La prestación...", op. cit., págs. 75-76, en los que la autora, denomina esta situación como "compensación objetivizada", destacando que esta medida se adopta en base a la desconfianza del legislador, presumiendo el fraude. En esta situación, "no se asegura una renta de sustitución suficiente durante todo el tiempo de su duración, que sí hubiera quedado garantizada si la base diaria se hubiera establecido con referencia a los días trabajados y no a los días naturales, aunque la percepción se hubiera limitado a los días en que se debía haber producido el trabajo efectivo".

¹⁴²⁷ STSJ de Andalucía de 30/01/2014, SSTSJ de Navarra de 08/07/2015 y 23/02/2017 (confirma la SJS de Pamplona de 18/11/2016), STSJ de Cataluña de 04/12/2015 y STSJ del País Vasco de 03/07/2018. Sobre la STSJ del País Vasco de 03/07/2018, véase comentario en Diario La Ley núm. 9346, Sección Jurisprudencia, 28 de enero de 2019, Editorial Wolters Kluwer.

reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares. En términos generales, el objeto de estas reducciones de jornada es el cuidado directo de: 1) un menor de doce años de edad o persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida; o 2) un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. En ambos casos, se reconoce el derecho de reducción de jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella¹⁴²⁸.

Con relación a estas reducciones de jornada y a efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, la LOIMH introdujo en la LGSS la posibilidad de que las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor de doce años, se computaran incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción de jornada de trabajo. Para el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, este incremento sería para el primer año¹⁴²⁹. Es decir, si un trabajador que tenga reconocida una reducción de jornada entre un octavo y un cincuenta por ciento con respecto a la jornada completa, presenta solicitud de reconocimiento de prestación por nacimiento y cuidado de menor, a los efectos de la misma, se le deberán computar los dos primeros años, como si se hubiera mantenido sin dicha reducción de jornada. Así, se computaría hasta el 100 por cien de la cuantía que le hubiera correspondido.

A raíz de esta reforma de 2007, las resoluciones de los tribunales de justicia, no han tenido dudas en su interpretación y así han corroborado que las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años de la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido, si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, pero solo únicamente cuando existe esa reducción de jornada efectiva, se podrá computar para el tramo de hasta dos años establecido¹⁴³⁰. Una vez que se han superado esos dos años, las cotizaciones computarán sin incremento alguno, sobre la reducción de la jornada de trabajo^{1431 1432}.

¹⁴²⁸ Art. 37.6 LET.

¹⁴²⁹ Art. 237 LGSS.

¹⁴³⁰ SSTSJ del País Vasco de 19/06/2018, 06/11/2018 y STSJ de la Comunidad Valenciana de 02/02/2010.

¹⁴³¹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 03/10/2017.

¹⁴³² Muchas dudas fueron las que se plantearon antes de que la LOIMH introdujera este derecho. Así, el TS determinaba que, la base reguladora de la prestación de maternidad para una trabajadora con jornada reducida por cuidado de menor de seis años, debía calcularse con el promedio del salario anula percibido con anterioridad al hecho causante. Es decir, utilizar el mismo mecanismo de cálculo establecido para los trabajadores a tiempo parcial (STS de 02/11/2004. Idéntico fallo se contiene en la STSJ de Madrid de 13/03/2007). Argumentos que ya no son válidos, pues la norma ha cambiado y en nuestra opinión, de forma positiva hacia el fomento de medidas que permitan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. A pesar de esta mejora, el legislador tiene una tarea pendiente, con las reducciones de jornada otorgadas en base

C) Supuestos de pluriempleo y pluriactividad

Como ya citábamos en apartados anteriores, para el cálculo de las prestaciones se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación a la base reguladora del correspondiente régimen el tope máximo establecido a efectos de cotización. En estos supuestos, la percepción del subsidio es compatible con la ejecución de otros trabajos o empleos, como así recoge la norma y lo corroboran expresamente los tribunales de justicia¹⁴³³.

En el supuesto de pluriempleo, entendido como la situación del trabajador por cuenta ajena, que presta servicios profesionales en dos o más empresas distintas y en actividades que den lugar a su alta obligatoria en un mismo régimen de la Seguridad Social, se sumarán las bases de cotización de todas las empresas en las que el trabajador preste sus servicios. A este cómputo, se le aplicará el tope máximo de cotización para ese régimen, de acuerdo a las normas que publica anualmente el poder ejecutivo. Para los casos de pluriactividad, entendida como la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más regímenes distintos del Sistema de la Seguridad Social, se deberán tener en cuenta las cotizaciones de los diferentes regímenes. En este caso, se pueden producir tres situaciones diferentes: 1) que el trabajador pueda acreditar las condiciones para acceder a la prestación en uno de los regímenes y no en los otros: únicamente se le reconoce una prestación y sólo se tienen en cuenta las cotizaciones efectuadas en dicho Régimen. No se le podrá reconocer una prestación no contributiva en cualquiera de los otros regímenes, en el que no cumpliera los requisitos para una de carácter contributivo; 2) que el trabajador no pueda acreditar las condiciones en ninguno de los regímenes de forma independiente, por lo que se podrán sumar las cotizaciones realizadas en todos ellos, siempre que no se superpongan. En el caso del cumplimiento de los requisitos, la prestación que le pudiera corresponder, sería la del régimen en el que se acrediten más días de cotización; y 3) que el trabajador no pueda acreditar las condiciones para causar derecho a la prestación, aun sumando las cotizaciones de todos los regímenes, lo que le permitiría, en caso de nacimiento, el acceso al subsidio de naturaleza no contributiva.

D) Disfrute de los períodos de descanso a tiempo parcial

Si el trabajador opta y así lo acuerda con la empresa, por el disfrute de los periodos de descanso por nacimiento y cuidado de menor, en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral. A modo de ejemplo, si se

a otros motivos diferentes, de manera que, se amplíe a dos años esta cobertura para los casos de cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

¹⁴³³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 25/04/2006.

acuerda una reducción del 60% de la jornada de trabajo, la base reguladora deberá reducirse un 40%.

E) Supuestos de nacimiento múltiple y adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar de más de un menor

En caso de nacimiento múltiple y de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero. Se percibirá durante un periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al nacimiento o, cuando se trate de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento familiar o guarda con fines de adopción, o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Este subsidio especial, será abonado en un solo pago al término del periodo de seis semanas posteriores al parto y, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción¹⁴³⁴.

Se trata de un derecho con cierto sentido lógico, puesto que se produce un incremento en los menores objetos de cuidados, produciéndose el mismo efecto en los gastos asociados a la crianza de los neonatos o adoptados. Lo que parece no tener en cuenta el legislador, es el hecho de que estos cuidados deben prolongarse mucho más allá de las seis semanas posteriores al nacimiento o a la fecha de la adopción. Un sector de la doctrina, es partidario de que esta medida se extienda durante toda la duración de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor¹⁴³⁵. En cualquier caso, esta medida debería ser objeto de estudio, para determinar el alcance real de la misma y el coste que supondría para las arcas públicas, toda vez que, se producen menos nacimientos múltiples que individuales.

F) Trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje

Aquellos trabajadores que ejerzan su actividad laboral en base a un contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje (art. 11 LET) y reúnan los requisitos para el reconocimiento de la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor, su base reguladora será equivalente al 75% de la base mínima de cotización vigente. Este

¹⁴³⁴ Art. 12.3 RD 295/2009.

¹⁴³⁵ Por todos, RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., "Dimensiones jurídico-laborales...", op. cit., pág. 142; y ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 267.

porcentaje estaba directamente relacionado con el tiempo de trabajo efectivo que podía desarrollarse bajo esta modalidad contractual (75%). Sin embargo, con el argumento de la potenciación del empleo juvenil, se reformó esta figura contractual, operada por la Ley 3/2012, dejando únicamente ese porcentaje para el primer año, subiendo al 85% durante el segundo y el tercer año. Por tanto, aumenta en cierta medida el tiempo de trabajo, originándose una situación desigual con respecto a este colectivo de trabajadores. En nuestra opinión, es un argumento más para la necesaria reforma y actualización del RD 295/2009, que hace inevitable su afrontamiento por parte del poder ejecutivo, no bastando para ello la Disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 6/2019.

G) Colectivos de artistas y de profesionales taurinos

Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, la base reguladora será el promedio diario que resulte de dividir por 365 la suma de las bases de cotización de los doce meses anteriores al hecho causante, o el promedio diario del periodo de cotización que se acredite, si éste es inferior a un año. En ningún caso, el promedio diario que resulte podrá ser inferior, en cómputo mensual, a la base mínima de cotización que en cada momento corresponda a la categoría profesional del trabajador.

H) Supuestos de parto prematuro y hospitalización de neonato

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que por cualquier otra causa el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, si la percepción del subsidio por maternidad hubiera sido interrumpida, cuando ésta se reanude, una vez que el menor haya sido dado de alta hospitalaria, dicho subsidio se percibirá en la misma cuantía en que se viniera abonando antes de la interrupción.

I) Permiso de estudios sin sueldo

En los excepcionales casos de suspensión del contrato por un permiso de estudios sin sueldo, la base reguladora será la del último mes en el que prestó servicios en la empresa con normalidad. Una circunstancia excepcional y coyuntural, como la realización de prácticas profesionales en base a unos estudios, no puede traducirse en una merma cuantitativa de la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Es cierto que, siguiendo el tenor literal de la norma para el cálculo de la base reguladora, se debería tener en cuenta la base de cotización en el mes anterior al de la fecha de inicio del período de descanso. Sin embargo, no es menos cierto que ello vulneraría con claridad la finalidad de la prestación: preservar la integridad de los ingresos del trabajador durante el descanso por nacimiento y cuidado de menor, conforme pone de

manifiesto que la prestación equivalga al 100% de la base reguladora y no esté fijada en un porcentaje inferior (STSJ de las Islas Baleares de 24/10/2006)¹⁴³⁶.

Una vez que hemos visto la forma en la que se calcula la base reguladora y se han descrito los detalles particulares de supuestos especiales, es preciso dar a conocer al lector, las causas o motivos por los que se podrá excepcionalmente modificar la base reguladora, habiéndose iniciado previamente el percibo de la prestación. Son los siguientes (art. 7.8 RD 295/2009):

- 1. Modificación de la base mínima de cotización:** cuando se modifique ésta en el régimen de que se trate, para actualizar su cuantía a partir de la fecha de entrada en vigor de esta nueva base mínima. La base reguladora y, por tanto, la prestación económica, deberá corregirse para que se adapte a la nueva base mínima, a partir de la entrada en vigor de la norma que regule el cambio.
- 2. Elevación de salarios:** la base reguladora se deberá corregir cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad, adopción o acogimiento. La retroactividad es la clave, puesto que, si el incremento se produce sin efectos retroactivos, no se modificará la base de cotización vigente en la fecha de inicio del percibo de la prestación, por lo que no se modificaría la base reguladora.

Hecho diferente sucede cuando se produce una actualización de las retribuciones por parte del empresario y éstas se aplican con efectos retroactivos.

En este sentido, la jurisprudencia del TJCE establece que el importe de estas prestaciones no debería poner en peligro el objetivo del permiso, que es proteger a las trabajadoras antes y después del parto. Asimismo, el principio de no discriminación exige que la trabajadora que continúa vinculada a la empresa 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 caso contrario, se produciría una discriminación, puesto que, si no hubiese estado embarazada, la mujer hubiera percibido el salario incrementado. Sin embargo, esta prestación no es devengada a la trabajadora por el empresario, sino por el INSS, y constituye una prestación contributiva del sistema obligatorio de la Seguridad Social, con un régimen que se aparta del concepto de retribución fijado por la normativa y jurisprudencia comunitaria, por lo que no se vería beneficiada de esta mejora¹⁴³⁷. A nivel interno, se ha detectado

¹⁴³⁶ Similares argumentos se emplean en la STSJ de Aragón de 03/06/2002 y la STSJ de Castilla La Mancha de 15/07/2003.

¹⁴³⁷ STJCE de 13/02/1996 *Asunto Gillespie C-342/93*.

alguna resolución judicial que falla en el mismo sentido, determinando que “el principio de igualdad no impone la obligación de mantener la retribución íntegra de los trabajadores femeninos durante el permiso de maternidad, sino que se remunere de modo que no se ponga en peligro objetivo el permiso de maternidad, que ha de proteger a los trabajadores femeninos antes y después del parto”¹⁴³⁸.

En cualquier caso, la norma sí protege y reconoce las mejoras laborales a las que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato. Se entiende que podrán disfrutarlas, una vez que el trabajador se reincorpore a su puesto, tras la finalización de la suspensión¹⁴³⁹.

3. **No coincidencia con la base de cotización:** la base reguladora igualmente deberá corregirse, cuando para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso.

4.3.1.6. Dinámica de la prestación

A) Nacimiento y duración: supuestos de ampliación

La prestación por nacimiento y cuidado de menor, se iniciará el mismo día de comienzo de la suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo con motivo del nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses y en los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento¹⁴⁴⁰.

Esta prestación tendrá la misma duración que la que esté establecida para la suspensión del contrato por estas causas que, con carácter general, es de dieciséis semanas ininterrumpidas. Particularmente, esta duración podrá ampliarse en los siguientes supuestos:

1. **Parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples:** la prestación se ampliará en dos semanas por cada hijo o menor a partir del segundo.
2. **Parto prematuro con falta de peso:** y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto por un periodo superior a siete días, el percibo de la prestación se ampliará en tantos

¹⁴³⁸ STSJ de Castilla y León de 21/02/2008.

¹⁴³⁹ Considerando 25 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) y art. 48.9 LET.

¹⁴⁴⁰ Art. 48 LET.

días como el recién nacido permanezca ingresado, hasta un máximo de trece semanas adicionales. Es decir, las hospitalizaciones por periodos inferiores a siete días, no se consideran supuestos válidos para la ampliación de la prestación y suspensión. En este sentido, es importante mencionar que, con independencia de que el menor haya sido de alta tras el parto, se deberán tener en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes a la fecha del nacimiento¹⁴⁴¹. En este sentido, nada dice la norma sobre la posibilidad de que se produzcan diferentes procesos de ingresos hospitalarios y, por tanto, varios alargamientos de la prestación, siempre que se respeten las trece semanas de incremento máximo. Esta ampliación tendrá lugar aun cuando el beneficiario haya decidido interrumpir el disfrute del permiso por nacimiento. Es decir, es independiente del estado en el que se encuentre la suspensión del contrato de trabajo.

- 3. Por discapacidad del hijo:** se ampliará en dos semanas, siempre que se acredite, al menos, un grado de 33 por 100 conforme a lo establecido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía¹⁴⁴². En este sentido, quedará acreditada dicha discapacidad, si por aplicación de la *Escala de valoración específica de dependencia para personas menores de tres años (EVE)*, la valoración sea, al menos, de Grado I dependencia moderada, nivel 1¹⁴⁴³. Asimismo, en el caso de neonatos, si el grado de discapacidad no haya sido determinado, será suficiente un informe del Servicio Público de Salud o un informe médico de un hospital público o privado a tal efecto, en este último caso avalado por el Servicio Público de Salud, en el que se haga constar la discapacidad o su posible existencia.

Asimismo, si esta discapacidad se produjera conjuntamente con alguno de los supuestos de los párrafos a) y b) de este epígrafe, se podrían acumular estas dos semanas adicionales. Sin embargo, la norma no permite acumularlas cuando, en los casos de parto múltiple que requieren la hospitalización de cada uno de los hijos, los periodos de internamiento hospitalario hubieran sido simultáneos.

¹⁴⁴¹ Texto que no se recogía en el RD 1251/2001 y que sí estableció el párrafo segundo de la Disposición adicional tercera. Ampliación de los períodos de descanso por maternidad, del ya derogado, Real Decreto 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. Literalmente se establecía que “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”.

¹⁴⁴² Es el grado mínimo de minusvalía que exige el RD 1971/1999.

¹⁴⁴³ Anexo II del Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, 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.

Sobre este derecho de ampliación de la prestación por diferentes supuestos, es preciso citar la falta de concordancia con la regulación sobre la suspensión del contrato de trabajo establecida en la LET, de acuerdo a la modificación efectuada por el Real Decreto-ley 6/2019. Así, se establece que, para los supuestos de discapacidad de menores de edad, la suspensión tendría una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los progenitores. Igual ampliación procede en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero. Es decir, se trata de una semana por cada progenitor. El texto reglamentario, se refiere a una ampliación de dos semanas, para el percibo de la prestación económica, que se entiende reconocida para uno sólo de los progenitores. En nuestra opinión, como ya hemos expuesto anteriormente, es urgente la reforma del texto reglamentario, puesto que debe existir una armonía perfecta entre la regulación de la suspensión del contrato y la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

Para finalizar, recordar que el art. 144.54 LGSS establece que, durante la duración del periodo de descanso, la obligación de cotizar continua vigente, considerada como una parte adicional de la acción protectora dispensada por el sistema de Seguridad Social en tal situación¹⁴⁴⁴. A tal efecto, las cuotas serán computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones¹⁴⁴⁵.

B) Interrupción

Continuando con la duración de la prestación, es preciso describir varios supuestos que, en determinadas circunstancias, podrían interrumpir o reducir el periodo de disfrute de la misma:

- 1. Supuestos de parto prematuro con falta de peso:** y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, podrá interrumpirse el disfrute del permiso y la percepción del correspondiente subsidio, a petición del beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto¹⁴⁴⁶. El permiso se podrá reanudar a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el periodo que reste por disfrutar. No se interrumpirá la percepción del subsidio, si durante el periodo de percepción del mismo se

¹⁴⁴⁴ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., VELASCO PORTERO, T., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "Igualdad y conciliación...", op. cit., pág. 85.

¹⁴⁴⁵ Art. 165.3 LGSS.

¹⁴⁴⁶ Entendemos también que el legislador se referirá a las seis semanas de descanso obligatorio a jornada completa del otro progenitor, para dar cumplimiento al art. 68 del Código Civil (art. 48.4 LET).

extingue el contrato de trabajo del beneficiario o se produce el cese de la actividad.

2. **Por fallecimiento de hijo biológico:** la prestación se verá reducida salvo que, una vez finalizadas las seis semanas posteriores al parto, la madre no solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo y disfrutara del resto del descanso. Sí establece la norma como requisito, que el hijo hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días.
3. **Por fallecimiento de hijo adoptado, o de menores guardados o acogidos:** la prestación se verá reducida, salvo que, los progenitores no solicitaran reincorporarse a su puesto de trabajo y disfrutaran del resto del descanso.
4. **Huelga y cierre patronal:** situaciones que no impedirán el reconocimiento y percepción de la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

C) Denegación, anulación y suspensión

Los arts. 180 LGSS y 11 RD 295/2009, establecen que el derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, podrá ser denegado, anulado o suspendido, por los siguientes motivos:

1. **Fraude:** cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar la prestación.
2. **Actividad laboral durante el descanso:** cuando el beneficiario trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso, salvo si se trata de la percepción de una prestación por nacimiento y cuidado de menor, en régimen de jornada a tiempo parcial o en los supuestos de pluriempleo y pluriactividad. Los periodos de percepción del subsidio se corresponderán con los periodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio.

D) Extinción

A continuación, relacionamos las causas recogidas en la norma, por las que se producirá la extinción de la prestación por nacimiento y cuidado de menor:

1. Por el transcurso de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso.
2. Por la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario de la prestación, con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del periodo de descanso. Siempre que se haya completado el periodo de descanso obligatorio de seis semanas ininterrumpidas, posteriores: 1) al nacimiento; 2) a la resolución judicial por la que se constituye la adopción; o 3) a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.

3. Por el fallecimiento del beneficiario.
4. Por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente.

4.3.1.7. Procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación¹⁴⁴⁷

La tramitación administrativa de la prestación por nacimiento y cuidado de menor en su modalidad contributiva, se regula en el art. 14 RD 295/2009 y es común para las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor en el supuesto especial no contributivo, el ejercicio corresponsable del cuidado de lactante, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, sin perjuicio de las particularidades de cada una de ellas.

El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación, se iniciará a instancia del interesado mediante solicitud dirigida a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora, según el régimen de encuadramiento de la provincia en que aquél tenga su domicilio. Sin embargo, este precepto también permite iniciar el proceso de oficio por parte de la entidad gestora, siempre que disponga de los datos suficientes para ello. En este caso, deberá comunicar al interesado dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante.

Es preciso recordar que el derecho al reconocimiento de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prescribirá a los cinco años contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante (nacimiento o la fecha de la resolución administrativa o judicial, en su caso). Los efectos de tal reconocimiento se producen a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud¹⁴⁴⁸. Es decir, el trabajador dispone de hasta cinco años para presentar la solicitud de prestación económica por nacimiento y cuidado de menor. En base a este criterio de prescripción, se podrían producir las siguientes situaciones: 1) que el trabajador solicite la prestación hasta tres meses después de la fecha del hecho causante: percibirá la prestación íntegra; 2) que el trabajador solicite la prestación superados los tres meses desde la fecha del hecho causante y hasta el séptimo mes. En este caso, el trabajador percibirá la prestación desde la fecha de la solicitud hasta la finalización del periodo de suspensión; o 3) que el trabajador solicite la prestación pasados siete meses desde la fecha del hecho causante: en este caso, no percibirá

¹⁴⁴⁷ A título informativo, se describe en los siguientes párrafos la información asociada al trámite de la solicitud de la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Para esta investigación jurídico-doctrinal, carecen de relevancia los trámites administrativos para la gestión de la solicitud y se ha detectado que la doctrina científica no plantea controversias concretas con relación a los mismos. En cualquier caso, se ha considerado conveniente incluir este contenido, para proporcionar al lector una visión completa de estas prestaciones asociadas al nacimiento y cuidado de menor.

¹⁴⁴⁸ Art. 53.1 LGSS.

prestación alguna. Sobre esta preinscripción, la jurisprudencia ha resuelto diferentes controversias relacionadas con el procedimiento de solicitud establecido en la Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen general de la Seguridad Social. La prestación era automática, no siendo necesaria una solicitud por parte del trabajador, por lo que se conservaban los derechos económicos. Los tribunales han entendido que el nuevo sistema articulado en desarrollo de lo dispuesto en la LCVFL, “no supone una minoración o desfavorecimiento de los derechos de los beneficiarios de la prestación, pues el procedimiento establecido, al margen de suponer una equiparación con el resto de las prestaciones de Seguridad Social, en sí mismo no minora derecho alguno, sino que es, en su caso, la propia inacción de aquéllos beneficiarios la que puede determinar que el reconocimiento de los efectos económicos se contraiga a un momento determinado”¹⁴⁴⁹. Igualmente, sobre la presentación de la solicitud una vez superado el periodo de los tres meses posteriores a la fecha de finalización de la suspensión del contrato, los tribunales han entendido que procede la aplicación directa del art. 53.1 LGSS^{1450 1451}.

La documentación que se deberá aportar junto con la solicitud, variará en función del supuesto en el que nos encontremos:

A) Supuesto de nacimiento múltiple

- 1. Informe de maternidad:** expedido por el correspondiente servicio público de salud. Este documento, que surgió como novedad en el derogado RD 1251/2001, es necesario para los supuestos de nacimiento, con independencia del número de hijos alumbrados. Será necesario en los siguientes casos: 1) cuando el trabajador inicie el descanso antes del nacimiento, a efectos de que pueda comprobarse que se respeta el periodo de disfrute obligatorio de seis semanas post parto¹⁴⁵²; o 2) en caso del fallecimiento del hijo, siempre que permaneciera en el seno materno

¹⁴⁴⁹ STS de 16/12/2009.

¹⁴⁵⁰ STSJ de Castilla La Mancha de 01/02/2001, STSJ de Castilla La Mancha de 14/04/2004, STSJ de las Islas Baleares de 27/09/2004, STSJ de la Comunidad Valenciana de 26/04/2005, STSJ de Madrid de 28/04/2005, STSJ de Cataluña de 21/06/2005, STSJ de Andalucía de 19/04/2007, STSJ de Murcia de 02/07/2007, STSJ de Andalucía de 23/01/2008, STSJ de Cataluña de 30/01/2008, STSJ de Cataluña de 15/02/2008, STSJ de Andalucía de 28/05/2008, STSJ de Madrid de 13/06/2008, STSJ de Cataluña de 27/01/2009, STSJ de Galicia de 15/10/2010, STSJ de Galicia de 14/12/2011, STSJ de las Islas Canarias de 22/06/2012 y STSJ de Andalucía de 03/03/2016.

¹⁴⁵¹ El INSS ha establecido los siguientes formularios personalizados para la gestión de las solicitudes de prestación económica: 1) nacimiento y cuidado de menor por parto; 2) nacimiento y cuidado de menor por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento; y 3) disfrute en múltiples periodos la prestación por nacimiento y cuidado de menor. En términos generales, los formularios incluyen los datos personales de los progenitores, datos de las empresas, motivo de la solicitud, modalidad de disfrute del descanso (fecha de inicio y distribución de los periodos de descanso de cada beneficiario), subsidio especial en caso de parto o adopción múltiples y modalidad de cobro de la prestación.

¹⁴⁵² BALLESTER PASTOR, M.A., “La prestación...”, op. cit., pág. 147.

durante, al menos, ciento ochenta días¹⁴⁵³ ¹⁴⁵⁴. En estas circunstancias, el facultativo deberá certificar la fecha probable del nacimiento o el hecho del fallecimiento del menor, respectivamente. En otros supuestos, no será necesaria la presentación de este informe.

Por tanto, la importancia de este informe radica en la determinación de la fecha probable del parto, de forma que sirva como referencia para poder determinar el momento exacto en el que podría iniciarse el disfrute del descanso y que, como máximo, podrá ser de hasta diez semanas antes de la fecha prevista. Llegados a este punto, nos planteamos la siguiente cuestión: *¿qué sucedería si llega la fecha probable indicada por el médico y el parto no se produce?*, es decir, si hay un error en la fecha probable y se ha superado el periodo de diez semanas, *¿qué sucedería con la suspensión del contrato y con la prestación?* En primer lugar, con relación a la suspensión del contrato, entendemos que debería prolongarse el tiempo de suspensión por nacimiento y cuidado de menor y ello en base a los arts. 3.4 del Convenio núm. 103 OIT y 4.5 del Convenio núm. 183 OIT, que establecen que cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso prenatal será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto. En segundo lugar, con relación a la prestación económica, la norma nada refiere al respecto. Tras el agotamiento de las diez semanas, se pueden producir tres situaciones diferentes: 1) que la trabajadora pase a una situación de incapacidad temporal, porque no puede incorporarse al trabajo por motivo de su embarazo; 2) que la trabajadora pase a una situación de riesgo durante el embarazo, por incompatibilidad con su estado biológico, de acuerdo al procedimiento establecido en el art. 26 LPRL; o 3) que la trabajadora se incorpore a su puesto de trabajo hasta que llegue la fecha del parto. Esta última opción, no debería ser viable, porque contraviene lo estipulado en los convenios de la OIT ya mencionados. Llegados a este punto, hay que traer a colación la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 27/01/1968, que determinó que, en caso de maternidad, cuando hubiere error en la fecha fijada como probable del parto, procedería el abono de las prestaciones por incapacidad laboral transitoria correspondientes a la totalidad del período de descanso anterior al parto. Entendemos que esta resolución se refiere a la prestación que pudiera

¹⁴⁵³ Segundo supuesto introducido por la disposición final segunda del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. Hasta ese momento, el informe de maternidad debía elaborarse también para indicar la fecha exacta del parto, hecho que desapareció con este RD.

¹⁴⁵⁴ En el art. 12 RD 1251/2001, establecía un tercer supuesto: "c) Estado de salud de la mujer posterior al parto, en los supuestos de opción del descanso por maternidad en favor del padre, de forma sucesiva con el de la madre, cuando, conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2.3.o del artículo 13, resulte necesario", que no fue tenido en cuenta en la aprobación del RD 295/2009, que derogaba el mismo.

corresponder por nacimiento de hijo, toda vez que esa prestación de 1968, era la que estaba prevista para la maternidad¹⁴⁵⁵.

Las resoluciones de los tribunales de justicia, han determinado que, en estos supuestos “procede reconocer el derecho de la trabajadora a percibir las prestaciones que interesa” y ello en base, a la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 1968 y las disposiciones de los convenios de la OIT¹⁴⁵⁶. Incluso, hay resoluciones judiciales que, pese al incumplimiento de la norma, consideran que sería excesivamente rígida una interpretación de la misma que impidiera el alargamiento de la prestación. Consideran que es perfectamente comprensible un error en la fecha probable del parto, si tenemos en cuenta la dificultad de predecir con exactitud matemática, sobre el día en que se va a producir el mismo¹⁴⁵⁷. Por tanto, se insiste en que la norma debe interpretarse de forma flexible, puesto que el legislador quiere proteger y facilitar el acceso de la mujer al trabajo, conectando para ello los intereses de la maternidad con el propio trabajo, facilitando así el descanso a la mujer trabajadora¹⁴⁵⁸.

Retomando los trámites de gestión, el informe de maternidad constará de un original y tres copias. Se entregará a la trabajadora el original y una copia con destino a su empresa, otra copia se tramitará a la Inspección de Servicios Sanitarios u órgano equivalente del Servicio Público de Salud correspondiente y la última quedará en poder del facultativo. Las trabajadoras por cuenta ajena entregarán la copia correspondiente en la empresa, en un plazo de siete días. El incumplimiento de este último trámite, imposibilitará el acceso a la prestación de maternidad, sin embargo, no impedirá el acceso a la suspensión del contrato, siempre que se cumplan las condiciones mínimas de la buena fe contractual en relación con la notificación a la empresa de la falta de asistencia y de su causa¹⁴⁵⁹.

La transmisión de los informes de maternidad a la entidad gestora, se podrá realizar telemáticamente a través de procedimientos informáticos, sin necesidad

¹⁴⁵⁵ Sobre la citada Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 27/01/1968, se quiere dejar constancia que, como parte del trabajo de investigación de este estudio, se ha intentado localizar el documento por diferentes vías, sin éxito alguno. Así, en respuesta a petición directa al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, el Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social, Andrés Harto Martínez, informó a los investigadores en fecha de 31/07/2020 lo siguiente: “...han resultado infructuosos los intentos de localizar una copia de la referida resolución en los archivos del Ministerio de Trabajo y Economía Social y en los archivos del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Tampoco ha podido localizarse en los archivos de la Dirección General de la Seguridad Social, ni en los archivos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, ni en los del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. Se desconoce dónde puede ser localizada una copia de la referida resolución”. Entendemos que se trata de una resolución emitida hace más de 50 años, pero que, sin embargo, no deja de sorprendernos que a ningún organismo oficial le conste una copia de la misma.

¹⁴⁵⁶ SSTSJ de Andalucía de 12/07/1993 y 26/07/1999.

¹⁴⁵⁷ STSJ de Galicia de 18/11/2002, que se refiere al caso de una trabajadora a la que le quedarían 40 días después del parto, en lugar de los 42 que establece la norma (seis semanas).

¹⁴⁵⁸ STSJ de Andalucía de 27/04/2000 y STSJ de Galicia de 03/10/2003.

¹⁴⁵⁹ BALLESTER PASTOR, M.A., “La prestación...”, op. cit., pág. 147.

de su envío en formato papel. En este sentido, la información estará sometida a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal¹⁴⁶⁰.

2. **Libro de Familia:** o certificación de la inscripción de los hijos en el Registro Civil, siempre y cuando no haya sido transmitido este dato por el propio Registro Civil. Cuando el descanso se haya iniciado con anterioridad al parto, tales documentos deberán acompañarse una vez practicada la inscripción registral del hijo.
3. **Certificado de cotizaciones a la Seguridad Social:** de la última o últimas empresas, o documento que acredite la cotización con los recibos del abono de cuotas, si el causante es el obligado a su ingreso, cuando sean necesarias para acreditar el periodo mínimo de cotización, para determinar la cuantía de la prestación o el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.

B) En el supuesto de fallecimiento de la madre (sólo maternidad biológica)

El solicitante deberá adjuntar el certificado de defunción de aquélla, cuando no haya sido transmitido este dato a la entidad gestora por el Registro Civil.

C) En el supuesto de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

1. **Resolución judicial:** por la que se constituye la adopción o la resolución administrativa o judicial por la que se concede la guarda con fines de adopción o el acogimiento. Cuando el ámbito sea internacional, en los supuestos en que sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes, guardadores o acogedores al país de origen del adoptado, se aportará la documentación emitida por el órgano competente de la comunidad autónoma, en la que se justifique el inicio de los trámites necesarios para la adopción o el acogimiento, al objeto de perfeccionar éstos.
2. **Certificado del IMSERO:** cuando se trate de adopción o acogimiento de menores, mayores de seis años, los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación LET, deberán presentar certificado del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la comunidad autónoma respectiva. Si los menores son discapacitados, documento que acredite que el adoptado o acogido presenta un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, o certificado de la entidad pública competente en materia de protección de menores, acreditativo de que el adoptado o acogido, por sus circunstancias personales o por provenir del extranjero, tiene especiales dificultades de inserción social o familiar.

¹⁴⁶⁰ Disposición adicional 5ª RD 295/2009.

- 3. Certificado de cotizaciones a la Seguridad Social:** de la última o últimas empresas, o documento que acredite la cotización con los recibos del abono de cuotas, si el causante es el obligado a su ingreso, cuando sean necesarias para acreditar el periodo mínimo de cotización, al objeto de determinar la cuantía de la prestación o el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.
- 4. Certificado de la empresa o administración pública:** en la que conste, respectivamente, la fecha de inicio de la suspensión laboral o del permiso.

D) En el supuesto de discapacidad de hijos o menores acogidos, menores de tres años

Certificado del IMSERSO u órgano de la comunidad autónoma respectiva, que acredite que la discapacidad es igual o superior al 33 por 100, o que la valoración del grado y nivel de dependencia es, al menos, del grado I moderado, conforme a la escala de valoración específica para menores de tres años. Este documento podrá sustituirse cuando se trate de neonatos, por un informe médico del Servicio Público de Salud o de un hospital público o privado, en este último caso avalado por el Servicio Público de Salud en el que se haga constar la discapacidad o su posible existencia.

E) En el supuesto de disfrute del descanso a tiempo parcial

- 1. Documento que acredite el previo acuerdo con el empresario:** en caso de que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores pacten esta modalidad de jornada, cada uno deberá aportar dicho documento acreditativo.
- 2. Documento para trabajadores por cuenta propia:** se deberá aportar documento en el que se detallen los términos concretos en que se realizará el régimen de parcialidad de la actividad y la percepción del subsidio.

F) En el supuesto de ingreso hospitalario del neonato que dé lugar a la ampliación del periodo de descanso

Documento expedido por el centro hospitalario, en el que se acredite la hospitalización, especificando las circunstancias que, afectando al recién nacido, determinan dicho internamiento, así como las fechas de su inicio y de su finalización.

Por último, la empresa deberá aportar certificado en el que conste la correspondiente base de cotización, que será la que se considere a efectos del cálculo de la prestación, en los siguientes supuestos:

- a)** Inicio de la actividad de la empresa en el mes anterior al del hecho causante.

- b) Cuando el trabajador esté contratado a tiempo parcial y no sea posible determinar la base reguladora.
- c) En los casos en los que las empresas hayan sido autorizadas por la Tesorería General de la Seguridad Social a diferir el ingreso de las cuotas con posterioridad al mes siguiente.

Tras el depósito de la correspondiente documentación y las comprobaciones pertinentes, el director provincial competente de la entidad gestora, dictará resolución expresa y la notificará en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud del interesado, a efectos del reconocimiento o denegación del derecho a la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor¹⁴⁶¹.

4.3.1.8. Problemáticas particulares

A) Disfrute del permiso a tiempo parcial

Como ya mencionábamos en epígrafes anteriores, el permiso por nacimiento y cuidado de menor podrá disfrutarse a tiempo completo o a tiempo parcial. Fue la LCVFL la que introdujo la posibilidad del disfrute parcial de este permiso, estableciendo que podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen¹⁴⁶². Así, se regula en la Disposición adicional primera, “Suspensión del contrato de trabajo y cese en la actividad por maternidad y paternidad a tiempo parcial” del RD 295/2009, que introduce la participación de la negociación colectiva en la regulación del permiso a tiempo parcial.

La norma establece un requisito obligatorio para causar derecho a esta prestación a tiempo parcial: que se firme un acuerdo previo entre el empresario y el trabajador afectado, que se califica como “imprescindible”. Resumamos las reglas que regulan este acuerdo:

1. **Obligatoriedad:** sin acuerdo entre ambas partes, no será posible ejercer este derecho. Es decir, no basta con la voluntad del trabajador para acogerse a esta modalidad de descanso a tiempo parcial, sino que se necesita llegar a un acuerdo con la empresa¹⁴⁶³. En este supuesto, el legislador no adopta el mismo criterio de

¹⁴⁶¹ Las Direcciones Provinciales del INSS son las competentes en orden al reconocimiento de la prestación (art. 15 del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del INSS y de modificación parcial de la TGSS).

¹⁴⁶² En la Exposición de motivos de la LCVFL se especifica que se trata de “un sistema que contempla las nuevas relaciones sociales surgidas y 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”. “Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo”.

¹⁴⁶³ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La prestación económica derivada del permiso por maternidad a tiempo parcial”, Revista de Información Laboral, núm. 6, 2002, pág. 5.

actuación ante otros derechos asociados a la maternidad-paternidad¹⁴⁶⁴ ¹⁴⁶⁵. En nuestra opinión, el legislador debería adoptar un criterio único con relación al ejercicio de los derechos asociados a la conciliación de la vida familiar y laboral. En cualquier caso, abogamos por la supresión de la obligatoriedad e imprescindibilidad de este acuerdo individual, debe ser un derecho del trabajador no condicionado a ningún acuerdo y ello, por dos motivos: a) en empresas de tamaño pequeño o mediano, con una plantilla reducida, probablemente será muy complejo alcanzar este acuerdo con el empresario; y b) en empresas de mayor tamaño, se podría hacer descansar el ejercicio de este derecho en el convenio colectivo de aplicación, como así ocurre con la gestión de otros derechos similares. En caso de discrepancias, desacuerdos o la negativa de la empresa a acceder a dicho derecho, debemos remitirnos al art. 139 LRJS.

2. **Flexibilidad:** podrá acordarse al inicio del periodo de descanso o en un momento posterior y puede abarcar todo el periodo o sólo una parte del mismo.
3. **Mejorable por convenio colectivo:** puede verse afectado por lo establecido en el convenio colectivo que le sea de aplicación. Sobre este aspecto, la norma no desarrolla cuál debería ser el papel que ocupa la negociación colectiva, por lo que nos planteamos la siguiente cuestión: si el convenio colectivo regula este derecho, *¿sería necesario el acuerdo individual?* En nuestra opinión, la respuesta debe ser afirmativa, puesto que entendemos que el convenio puede reconocer mejoras en cuanto al contenido de norma mínima, sin embargo, el carácter imprescindible del acuerdo entre trabajador y empresario es innegable. En cualquier caso, algunos estudios han puesto de manifiesto el irrelevante papel que ha jugado la negociación colectiva en la regulación de estos términos, tanto por las escasas referencias en los convenios colectivos, como por errores en su desarrollo que se han detectado¹⁴⁶⁶.

El ejercicio de este derecho está sometido al cumplimiento de las siguientes reglas:

1. **Regla primera (duración):** el periodo durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice. Es decir, la jornada se podrá reducir cuando se compense con un aumento de la

¹⁴⁶⁴ A modo de ejemplo, nos referimos al permiso para el cuidado del lactante o al derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en el caso de nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.

¹⁴⁶⁵ Algunos autores han manifestado que esta exigencia es, cuanto menos, sorprendente (RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Subsidios por maternidad y paternidad", en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.), "Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo", Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016, págs. 187-201, en referencia a PÉREZ DEL RÍO, T., "Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derechos de interrupción o reducción de la actividad la actividad laboral para atender responsabilidades familiares", en obra colectiva coordinada por LÓPEZ LÓPEZ, J., "Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador", Marcial Pons, 2001, pág. 63.

¹⁴⁶⁶ RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Subsidios por maternidad...", op. cit., págs. 187-201.

duración de la suspensión que sea proporcional a la reducción¹⁴⁶⁷. Ello comportaría que la cuantía de la prestación se redujera en proporción inversa a la reducción de jornada. La norma no fija límites inferiores o superiores en cuanto al porcentaje de la jornada que podrá modificarse, por lo que, se estará a lo establecido en el acuerdo que se firme. La negociación colectiva deberá respetar esta regla, pudiendo establecer mejoras, pero no quebrando la proporcionalidad debida. Asimismo, podrá extenderse a todo el periodo de descanso o a parte del mismo, salvo las seis semanas de descanso obligatorio para la madre, que deberán disfrutarse a tiempo completo. Entendemos que, la norma también se refiere al otro progenitor, para dar cumplimiento al art. 68 del Código Civil.

2. **Regla segunda (base reguladora):** durante el disfrute de los periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral.
3. **Regla tercera (el otro progenitor):** en el caso del progenitor distinto de la madre biológica, la jornada realizada a tiempo parcial no podrá ser inferior al 50 por 100 de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo.
4. **Regla cuarta (ininterrumpidamente):** el disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre empresa y trabajador, por iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor.
5. **Regla quinta (no horas extraordinarias):** los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Resulta evidente, puesto que, es prioritario que se mantenga el derecho de ausencia en los términos que se incluyeron inicialmente en el acuerdo entre empresa y trabajador. Si estas horas se permitieran, iríamos en contra del espíritu del disfrute a tiempo parcial que establece la norma¹⁴⁶⁸.
6. **Regla sexta (no aplicables reglas a tiempo parcial):** no serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el art. 12 LET y sus normas de desarrollo. El trabajador continuará con el mismo tipo de contrato. Así, el tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante. Es decir, cada día de trabajo será considerado como cotizado de forma completa, no aplicándose las reglas para los trabajos a tiempo parcial. Así, se apuesta por conseguir que las

¹⁴⁶⁷ BALLESTER PASTOR, M.A., "La prestación...", op. cit., págs. 41-42.

¹⁴⁶⁸ BALLESTER PASTOR, M.A., "La prestación...", op. cit., pág. 43.

mujeres mantengan la vinculación con su puesto de trabajo, evitando que la decisión de la maternidad no constituya un obstáculo para su promoción profesional¹⁴⁶⁹.

- 7. Regla séptima (incompatibilidad con prestación por desempleo):** si el trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando se le reconozca la prestación por nacimiento y cuidado de menor, tanto en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social. En tal caso, pasará a percibir la prestación por nacimiento y cuidado de menor, que una vez se extinga, podrá reanudar la prestación por desempleo, por la duración que le restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión¹⁴⁷⁰.
- 8. Regla octava (incompatibilidad con permisos y excedencias):** el percibo de la prestación por nacimiento y cuidado de menor es incompatible con el ejercicio de los siguientes derechos contemplados en la LET: 1) permiso para el cuidado del lactante (art. 48.4 LET); 2) derecho de ausencia o de reducción de jornada para el cuidado de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (art. 48.5 LET); 3) derecho de reducción de jornada por razones de guarda legal, para el cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida (art. 48.6 LET), salvo que el trabajador se encuentre con reducción de jornada por otro menor a cargo. En ese caso, no habría inconveniente en simultanearlo con el descanso a tiempo parcial derivado del derecho otorgado por el nacimiento de un nuevo hijo, por lo que ambos derechos podrían concurrir en un único trabajador¹⁴⁷¹; y 4) excedencia para atender los cuidados de hijos o familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.3 LET). El trabajador en situación de excedencia, supone la suspensión total de la relación laboral, por lo que, no se entiende esta incompatibilidad, que en ningún momento podrá producirse¹⁴⁷².

¹⁴⁶⁹ RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Subsidios por maternidad...", op. cit., págs. 187-201

¹⁴⁷⁰ Arts. 284 y 271 LGSS.

¹⁴⁷¹ LOUSADA AROCHENA, J.F., "La reducción de jornada por motivos familiares", Revista del Poder Judicial, núm. 80, 2005, pág. 154.

¹⁴⁷² Algunos autores consideran esta incompatibilidad como "particularmente curiosa" (BALLESTER PASTOR, M.A., "La prestación...", op. cit., pág. 45); o como un "exceso de celo" del legislador, "intentando regular situaciones que puedan suponer un abuso por parte del trabajador" (RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Subsidios por maternidad...", op. cit., págs. 187-201).

B) Relaciones entre la prestación por nacimiento y cuidado de menor y la prestación por incapacidad temporal

Nos referimos a la prestación por nacimiento y cuidado de menor en los supuestos de nacimiento biológico y por analogía a la adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento en su relación con la prestación por IT. Sobre estas relaciones y la gestión del sistema de coordinación de ambas prestaciones de la Seguridad Social, el legislador ha desarrollado numerosas reglas y condiciones que en muchas ocasiones son confusas, farragosas y no permiten al lector tener un esquema claro sobre este funcionamiento. Por ello, vamos a intentar resumir, englobar y esquematizar los supuestos que pueden producirse, facilitando al lector su comprensión. Analizamos los siguientes supuestos:

- 1. IT antes del nacimiento:** el proceso de IT iniciado antes del nacimiento y sin que la trabajadora hubiera optado por la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor, se mantendrá vigente hasta el momento del parto, dejando siempre a salvo la posibilidad de opción de la interesada por dicho descanso. A partir de la fecha del nacimiento, la regla general establece que deberá comenzar el disfrute del descanso por nacimiento y cuidado de menor y dejar en suspenso la prestación por IT. Si tras la finalización del primero, la situación de IT continuara, se reanudaría el cómputo interrumpido, aun cuando se hubiera extinguido el contrato de trabajo. Denominada por algunos autores como “incapacidad temporal técnica” y considerada como situación asimilada al alta por los tribunales de justicia^{1473 1474}.

Igualmente, se causaría derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, cuando se produzca la extinción de la IT antes del parto, por alta médica, y no hubiera solución de continuidad por: 1) producirse el alta médica por IT y el inicio del descanso por nacimiento el mismo día; o 2) tener lugar el comienzo de la prestación asociada a la maternidad al día siguiente de la IT.

Ahora bien, si tras la suspensión de la IT por pasar a una situación de descanso por nacimiento y cuidado de menor, se produce la extinción del contrato de trabajo, la norma establece dos reglas muy concretas:

- **Regla 1:** pueden plantearse dos situaciones:
 - **Situación 1:** si la extinción del contrato se produce una vez iniciado el descanso por nacimiento y cuidado de menor, se mantendrá el percibo de la prestación hasta el término de tal situación.

¹⁴⁷³ Por todos: FERNÁNDEZ PRATS, C., “Cotización durante...”, op. cit., págs. 109 y ss.

¹⁴⁷⁴ STSJ de Cataluña de 27/04/2001, STSJ de la Comunidad Valenciana de 06/06/2002, STSJ de Murcia de 14/06/2004, STSJ de Navarra de 18/06/2004 y STSJ de Castilla y León de 14/05/2008.

- **Situación 2:** si la extinción del contrato se produce durante el disfrute de periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, a partir de ese momento se percibirá en su totalidad la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Si el otro progenitor ya estuviese disfrutando un periodo de descanso, en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, la prestación que le correspondiese se mantendrá en los términos en que lo estuviere percibiendo.

- **Regla 2:** si la extinción del contrato se produce antes del inicio del descanso por nacimiento y cuidado de menor, causará derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia, interrumpiéndose la IT anterior al parto y el abono del subsidio correspondiente que se sustituirá desde el día de inicio de la situación de nacimiento, por el subsidio asignado legalmente a esta última.

2. IT durante el percibo de la prestación por nacimiento y cuidado de menor:

la regla general se aplica igualmente en este supuesto, por la que no se puede reconocer el derecho a la prestación por IT derivada de contingencias comunes o profesionales sobrevenidas durante dicho periodo. Terminado el periodo de la prestación asociada a la maternidad, si la trabajadora necesitase asistencia sanitaria y se encontrara impedida para el trabajo, se iniciaría la situación de IT, que pudiera corresponderle, siempre que se cumplieran los requisitos legales exigidos a tal efecto, independientemente de los periodos de descanso por nacimiento y cuidado de menor que ya hubiera disfrutado. En este supuesto, si se hubiera extinguido el contrato durante el disfrute del descanso por nacimiento y cuidado de menor, la trabajadora, seguirá percibiendo la prestación hasta su extinción, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si procede, la prestación por desempleo y, en su caso, la prestación por IT.

3. IT durante el periodo de suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor a tiempo parcial:

se trata de un supuesto en el que la interesada se encuentra trabajando en activo a tiempo parcial, compatibilizándolo con el percibo de la prestación por nacimiento y cuidado de menor. La regla general explicada en los párrafos a) y b) de esta sección, no será de aplicación a los supuestos de disfrute de la prestación por nacimiento y cuidado a tiempo parcial, por lo que, sí se podría iniciar un proceso de IT. Por tanto, podría percibir la prestación económica por IT y compatibilizarla con la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor. En este caso, la base reguladora por IT se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniera compatibilizando con la prestación por nacimiento. Si, tras la finalización de la situación asociada a la maternidad, la trabajadora continúa en situación de IT, se mantendrá la percepción del subsidio por esta contingencia en la cuantía que

corresponda al régimen de jornada completa, si bien a efectos de su duración y porcentaje se tomará como referencia la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial.

- 4. IT prorrogada tras el nacimiento:** si la trabajadora se encontrara en el periodo de prórroga de efectos de la prestación por IT, tras haber agotado el plazo inicial de quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración, podrá causar la prestación por nacimiento y cuidado de menor, a partir de la fecha del parto, si reúne los requisitos exigidos para ello, interrumpiéndose el cómputo de la indicada situación de prórroga de efectos, que se reanudará, si procede, una vez extinguida la prestación por nacimiento y cuidado de menor¹⁴⁷⁵.

4.3.1.9. Gestión de la prestación económica

Las prestaciones económicas por nacimiento y cuidado de menor son gestionadas directa y exclusivamente por el INSS, excepto para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (RETM), cuya gestión corresponderá al Instituto Social de la Marina (ISM)^{1476 1477}.

El pago del subsidio será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas (no es válido el llamado pago delegado). Asimismo, este pago se realizará por periodos vencidos. En caso de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, el subsidio especial será abonado en un solo pago al término del periodo de seis semanas posteriores a la fecha del nacimiento y, en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de la guarda con fines de adopción o el acogimiento; o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Como ya avanzábamos en la introducción de este *Capítulo*, el objetivo de las prestaciones económicas asociadas a la maternidad-paternidad es garantizar el mantenimiento de una remuneración adecuada, basada en ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría el trabajador en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud (Directiva 92/85/CEE). Ya hemos descrito y analizado en epígrafes anteriores todas las circunstancias que giran en torno a estas prestaciones: situaciones protegidas, sujetos beneficiarios, requisitos para el acceso, formas para el cálculo, gestión económica, etc. Ha quedado claro que se trata de

¹⁴⁷⁵ Véase art. 147 LGSS.

¹⁴⁷⁶ Disposición adicional octava LGSS y art. 12 RD 295/2009.

¹⁴⁷⁷ En el art. 3.1 del Real Decreto 504/2011, de 8 de abril, de estructura orgánica y funciones del Instituto Social de la Marina, se establece que corresponde al Instituto Social de la Marina, la gestión de este tipo de prestaciones.

subsidios económicos gestionados y abonados directamente por el INSS, sin que sea posible el pago delegado. Es decir, estas prestaciones están sostenidas en su totalidad con fondos públicos, para así dar cumplimiento a la obligación de la procura económica. Llegados a este punto, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿A quién ha de corresponder la carga económica de las prestaciones relacionadas con la maternidad-paternidad en el ámbito laboral? La respuesta no es única ni sencilla y el debate está sobre la mesa. Para configurar una respuesta sólida en base a criterios legales, en primer lugar, recordamos lo que establece al respecto los convenios números 103 y 183 de la OIT. Estas normas se refieren a un “sistema de seguro social obligatorio o con cargo a los fondos públicos” o, “según lo determinen la legislación y la práctica nacionales”. Así, determinan que “un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que emplee, sin el acuerdo expreso de ese empleador”, excepto cuando: a) esté previsto así en la legislación o en la práctica nacionales; o b) se acuerde posteriormente a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores. Es decir, el Convenio núm. 183 deja la puerta abierta a la financiación de estas prestaciones por parte del empresariado, hecho que dependerá de las diferentes legislaciones, prácticas o acuerdos nacionales. En segundo lugar, a nivel comunitario, la Directiva 92/85/CEE pasó de soslayo sobre este tema, precisando únicamente que estas prestaciones deben estar basadas en una “remuneración adecuada”. Y, en tercer lugar, a nivel interno, el legislador español ha optado por trasladar el coste económico de estas prestaciones a los poderes públicos y liberar al empresariado del mismo. Sin embargo, se permiten las denominadas “mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General”, reguladas en Capítulo XVI del Título II de la LGSS1478. Así, se establece que las mejoras voluntarias de la acción protectora, por parte de las empresas y trabajadores, podrán efectuarse a través de:

1. Mejora directa de las prestaciones:

- a) Por parte de las empresas:** voluntariamente podrán mejorar de forma directa las prestaciones, costeándolas a su exclusivo cargo. No obstante, el carácter voluntario de la implantación de las mejoras, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento. Asimismo, las empresas podrán realizar mejora de prestaciones por sí mismas o a través de la Admón. de la Seguridad Social, fundaciones laborales, montepíos y mutualidades de previsión social o cualquier entidad aseguradora.

¹⁴⁷⁸ Arts. 238-241 LGSS.

b) Por parte de los trabajadores: excepcionalmente, y previa aprobación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podrá establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición.

2. Establecimiento de tipos de cotización adicionales: el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a instancia de los interesados, podrá aprobar cotizaciones adicionales efectuadas mediante el aumento del tipo de cotización, con destino a la revalorización de las pensiones u otras prestaciones periódicas ya causadas y financiadas con cargo al mismo o para mejorar las futuras.

Asimismo, la Orden de 28 de diciembre de 1966 por la que se regulan las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, hace referencia a una tercera modalidad de mejora voluntaria: “Aumento de la base de cotización” y a la posibilidad de que estas mejoras se incluyan entre las cláusulas de los convenios colectivos¹⁴⁷⁹.

En cualquier caso, el cese temporal de la obligación de trabajar hace cesar consecuentemente la recíproca obligación de abonar el salario y, por tanto, se hace necesaria la implantación de un sistema que permita al trabajador obtener determinadas rentas que sustituyan sus ingresos y satisfaga sus necesidades económicas durante el nacimiento y cuidado de menor. Sería de toda lógica entender que el establecimiento de permisos retribuidos a cargo de la empresa resultaría “una carga exorbitante (...) además de una consecuencia contraria a la lógica jurídica de la suspensión contractual”¹⁴⁸⁰.

Sobre la financiación de la prestación económica, la Directiva apuesta porque los Estados miembros legislen en favor de la opción que mejor encaje tenga en los respectivos ordenamientos jurídicos internos, respetando en todo caso la normativa comunitaria. Así, se podrá optar porque sea el empresario quién asuma el coste de la misma, o bien sean los Estados o una combinación de ambas opciones. En cualquier caso, la trabajadora no debe asumir este coste¹⁴⁸¹. En nuestra opinión, vemos favorable el mantenimiento del sistema de prestaciones sostenido con fondos públicos. Alternativamente, el legislador podría estudiar la implantación de mecanismos de colaboración voluntaria de las empresas, incentivando determinados actos. Asimismo, teniendo en cuenta que, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, en líneas generales, toda la población trabajadora puede ser beneficiaria de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, tanto en su vertiente biológica, como por adopción; los costes asociados a la financiación de las mismas, serán muy elevados para las arcas

¹⁴⁷⁹ «BOE» núm. 312, de 30/12/1966.

¹⁴⁸⁰ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La maternidad...”, op. cit., pág. 170.

¹⁴⁸¹ SÁNCHEZ CASTILLO, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 44.

públicas (tras la desaparición del permiso de paternidad, se han asimilado los derechos entre ambos cónyuges, con independencia de su sexo). Por ello, el legislador debería estudiar la implantación de un sistema de financiación en base a las cotizaciones de empresarios y trabajadores, de forma que se colabore (al menos en parte) con el sostenimiento público de estas prestaciones, de la misma forma que se financian otras contingencias.

4.3.2. Supuesto especial: nivel no contributivo

Hasta el momento, hemos descrito la prestación por nacimiento y cuidado de menor en el “supuesto general”, de naturaleza contributiva, que básicamente recoge el esquema tradicional de la prestación por “maternidad”. En este epígrafe, se estudia el llamado “supuesto especial”, que está orientado a dar cobertura a aquellas trabajadoras que no cumplen el requisito de cotización previa y que, ante el riesgo de su exclusión del ámbito protector del sistema, se crea este régimen más flexible, al objeto de evitar la desprotección y desatención, tanto de los progenitores, como de los neonatos o recién adoptados o acogidos¹⁴⁸². Por ello, se trata de una prestación de carácter subsidiario que se concede cuando no se puede acceder a la prestación en su modalidad contributiva¹⁴⁸³.

Por tanto, nos encontramos en el nivel no contributivo de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, nivel que así se determina por su fórmula de financiación, puesto que no sigue el esquema propio de las prestaciones no contributivas del sistema de la Seguridad Social (acreditación de situación de necesidad, por no superar un determinado límite de ingresos), pudiendo reconocer el acceso a la misma, con independencia de cuál sea la situación económica de la trabajadora¹⁴⁸⁴. De hecho, la doctrina científica ha calificado esta prestación como de “naturaleza contributiva”, híbrida o mixta, en la medida en que presenta notas propias de las prestaciones contributivas y de las no contributivas¹⁴⁸⁵; refiriéndose a este subsidio como una nueva vertiente de la prestación contributiva relacionada con la maternidad-paternidad, “atenuada” tanto en sus requisitos como en su cuantía

¹⁴⁸² NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., VELASCO PORTERO, T., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Igualdad y conciliación...”, op. cit., pág. 79.

¹⁴⁸³ PALOMINO SAURINA, P., “Algunos aspectos legales de la protección de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva: la prestación por maternidad y las prestaciones familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.41, 2015, pág. 210.

¹⁴⁸⁴ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “La prestación no contributiva por maternidad”, *Aranzadi Social* núm.2, 2013, págs. 41-64.

¹⁴⁸⁵ Por todos, BALLESTER PASTOR, M.A., “La prestación...”, op. cit., págs. 187-188; FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “La prestación no contributiva...”, op. cit., págs. 41-64; PALOMINO SAURINA, P., “Algunos aspectos legales...”, op. cit., pág. 210; y RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., “Dimensiones jurídico-laborales...”, op. cit., pág. 146.

económica¹⁴⁸⁶. Y ello, es consecuencia de la denominada crisis de identidad del nivel no contributivo del sistema de la Seguridad Social, derivada de la interacción con prestaciones de otros sistemas protectores¹⁴⁸⁷.

Se trata de una prestación económica financiada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (art. 109 LGSS). Conforme al principio de separación de las fuentes de financiación, las aportaciones del Estado se destinan básicamente a la financiación de la acción protectora de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, mientras que el resto de los recursos se utiliza, indistintamente, para la financiación de todas las prestaciones contributivas y de los gastos derivados de la gestión del Sistema. Ello se traduce en que este tipo de subsidios se financian vía impuestos. Este modelo de financiación es cuestionado, puesto que no se exige la carencia de recursos que caracteriza a este tipo de prestaciones, y que explican la función de compensación de ingresos que las mismas cumplen, es decir, cualquier trabajadora podrá acceder a esta prestación, con independencia de sus recursos económicos. Por ello, se estima que su financiación no es la adecuada y que debería regularse con mayor nivel de precisión. En cualquier caso, el gasto social derivado de esta prestación no representa un elevado coste, por lo que, probablemente la finalidad indirecta de esta prestación no contributiva sea “evitar las habituales situaciones de connivencia trabajadora/empresario, constitutiva de infracción administrativa en el orden social”¹⁴⁸⁸.

El origen de esta modalidad de prestación, lo encontramos en la disposición adicional decimioctava seis de la LOIMH. Su objetivo de partida era atribuir una cobertura mínima a una situación en la que efectivamente se produce una carencia de ingresos por razón de nacimiento y cuidado de menor que, además resulta forzosa por aplicación de la norma laboral¹⁴⁸⁹. Las madres trabajadoras deben suspender su relación laboral en las seis semanas obligatorias post parto, sin tener derecho durante este tiempo a la prestación contributiva, por defecto de cotización previa, por lo que nos encontraríamos ante una desprotección injustificada¹⁴⁹⁰. Previo a la LOIMH, la doctrina científica ya estaba planteando la eliminación del requisito de cotización mínima o periodo de carencia para poder acceder a la prestación por maternidad¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Sobre la no contributividad del nuevo supuesto de maternidad y de la reformada renta activa de inserción”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007, págs. 1361-1370.

¹⁴⁸⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F., “¿Hacia dónde camina el nivel no contributivo de la Seguridad Social?”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007, págs. 999-1018.

¹⁴⁸⁸ BARCELÓN COBEDO, S.; QUINTERO LIMA, M.G., “El impacto de la Ley para la Igualdad en el marco de la normativa de la Seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 91, 2007, págs. 242-243.

¹⁴⁸⁹ BALLESTER PASTOR, M.A., “La prestación...”, *op. cit.*, pág. 186.

¹⁴⁹⁰ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., “Dimensiones jurídico-laborales...”, *op. cit.*, pág. 145.

¹⁴⁹¹ BLASCO RASERO, C., “La familia en el derecho de la Seguridad Social”, *Aranzadi Thomson Reuters*, Pamplona, 2003, pág. 99.

Para una parte de la doctrina científica, la solución aportada por la LOIMH fue importante, pero no suficiente, dejando sin cobertura a un sector de la sociedad. Así, consideran que lo más adecuado y de justicia hacia las mujeres que han optado por la maternidad, sería el establecimiento de una prestación por nacimiento y cuidado de menor de carácter universal, con independencia de su inclusión en el mercado laboral. Así, no se trataría de suplir únicamente la falta de rentas por la imposibilidad de realizar tareas laborales durante las seis semanas posteriores al parto, sino que, durante este periodo tampoco podrá llevar a cabo las tareas domésticas, por lo que teóricamente, otra persona deberá hacerlo, a cambio del correspondiente salario. Por ello, justifican la prestación económica universal para todas las madres biológicas, durante las seis semanas posteriores al parto del hijo¹⁴⁹². Sin embargo, otro sector doctrinal pone de manifiesto que, a pesar del importante valor social de la maternidad y que debe ser la sociedad quién asuma los efectos derivados de la misma, la posibilidad de una prestación asociada con la maternidad-paternidad universal y que no guarde relación alguna con el mercado laboral, es insostenible para el sistema de la Seguridad Social¹⁴⁹³.

El texto legislativo actual, el Capítulo VI del Título II, “Nacimiento y cuidado de menor”, se estructura en dos secciones: 1ª) Supuesto general: subsidio de naturaleza contributiva; y 2ª) Supuesto especial: subsidio de naturaleza no contributiva. Concretamente, este supuesto especial, se regula en los arts. 181-182 LGSS y en los arts. 15-21 del RD 295/2009.

4.3.2.1. Situaciones protegidas

A diferencia con el supuesto general, en el supuesto especial la única situación protegida es la maternidad biológica, expresada a través del parto del hijo. La situación de necesidad que trata de amparar esta prestación, es la falta de rentas que sufre la trabajadora durante el período obligatorio de suspensión del contrato por nacimiento (biológico) y cuidado de menor (seis semanas) y que la misma prestación en su modalidad contributiva no ampara¹⁴⁹⁴. Por tanto, la maternidad biológica se articula como la única protección que queda protegida por esta prestación no contributiva, desatendiendo otros bienes jurídicos que igualmente son dignos de protección, como la maternidad por adopción y el acogimiento de menores, así como el cuidado del propio hijo, que indudablemente requerirá un tiempo de dedicación que, de no

¹⁴⁹² Entre otros, BALLESTER PASTOR, M.A., “La prestación...”, op. cit., pág. 186; y TORTUERO PLAZA, J.L., “50 Propuestas ...”, op. cit., págs. 96-99.

¹⁴⁹³ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., “Dimensiones jurídico-laborales...”, op. cit., pág. 146.

¹⁴⁹⁴ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “La prestación no contributiva...”, op. cit., págs. 41-64, en referencia a BALLESTER PASTOR, M.A., “Artículo 133 sexies. Beneficiarias”, en AA.VV. “La Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia”, La Ley, Madrid, 2009, pág. 1017.

cumplirse la exigencia de cotización previa, no quedará tampoco cubierto por el sistema de Seguridad Social¹⁴⁹⁵.

En nuestra opinión, los supuestos distintos a la maternidad biológica, también deberían tener algún tipo de protección en el nivel no contributivo y hacerlo extensivo a ambos progenitores. Si el objeto de la prestación no contributiva es proporcionar a la trabajadora un sustento económico durante los cuarenta y dos días posteriores al parto, puesto que, por motivos de salud (derivados del parto) no podrá realizar trabajo remunerado; en un supuesto de adopción, probablemente el trabajador tampoco podrá realizar trabajo alguno durante las semanas posteriores a la fecha del hecho causante, puesto que deberá atender los cuidados del menor. Si bien es cierto, el punto de partida de ambos supuestos no es el mismo, la salud y la recuperación física de la trabajadora en el primer caso y los cuidados y adaptación del menor en el caso de la adopción. Sin embargo, la finalidad en esencia la misma, el sustento económico de la trabajadora o el trabajador, por la imposibilidad de ambos de realizar trabajo remunerado.

4.3.2.2. Sujetos beneficiarios y requisitos para el acceso a la prestación

Los únicos sujetos beneficiarios son las trabajadoras por cuenta ajena o propia que se encuentren en el supuesto de parto.

Los requisitos para el acceso a esta prestación son los mismos que están establecidos para la prestación en su modalidad contributiva, salvo el período mínimo de cotización regulado en el art. 178 LGSS, basado en la edad de la beneficiaria, como ya hemos descrito en epígrafes anteriores. Por tanto, con relación al acceso a esta prestación, la única diferencia con respecto a la contributiva es la no exigencia de un periodo mínimo de cotización, por lo que la condición general para causar derecho a las prestaciones (trabajador afiliado y en alta en el RGSS), sí debería cumplirse. Asimismo, entendemos que también concurren para esta modalidad los supuestos de asimilación al alta, descritos en epígrafes anteriores. Como ya citábamos en párrafos anteriores, para algunos autores, el hecho de que se exijan los mismos requisitos, a excepción del periodo mínimo de carencia, configuraría esta prestación como de naturaleza intermedia o mixta, puesto que se requiere la condición de trabajadora¹⁴⁹⁶.

Con relación al periodo mínimo de cotización previa exigido, éste no será aplicable para las madres menores de 21 años de edad, puesto que, en este supuesto, la norma si le permite causar derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor en su modalidad contributiva¹⁴⁹⁷. Por lo que, una madre trabajadora menor de 21 años

¹⁴⁹⁵ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; CEBRIÁN CARRILLO, A., "La maternidad y paternidad...", op. cit., pág. 256.

¹⁴⁹⁶ BALLESTER PASTOR, M.A., "La prestación...", op. cit., págs. 187-188.

¹⁴⁹⁷ Art. 178.1 a) LGSS.

de edad, que cumpla todos los requisitos para el acceso a la prestación contributiva, salvo el periodo mínimo de cotización, siempre tendrá derecho a causar derecho a este tipo de prestación, no siendo necesario recurrir a la modalidad no contributiva.

En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de cotizaciones, para el reconocimiento y abono de la prestación no contributiva, será requisito imprescindible que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social¹⁴⁹⁸. A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social al que la interesada estuviese incorporada en el momento de acceder al subsidio. Este mecanismo permite que en el supuesto de que la trabajadora no se halle al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, la Entidad gestora invitará a la interesada para que, en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación, ingrese las cuotas debidas. Si el pago se realiza antes de que finalice el periodo indicado, a la trabajadora se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un veinte por ciento. Es decir, en este último caso, el legislador permite el acceso al percibo de la prestación, pero con una penalización económica del veinte por ciento.

Por último, sobre los beneficiarios de la prestación no contributiva, es importante advertir las consecuencias que sobre el otro progenitor (no biológico) ha tenido la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019. En esta norma, el legislador estableció que ambos progenitores debían suspender su contrato de trabajo de forma obligatoria e ininterrumpida durante las seis semanas posteriores al hecho causante. La finalidad de estas seis semanas obligatorias de descanso para ambos progenitores tiene diferentes objetos, según se trate de una situación u otra: 1) en el supuesto de la maternidad biológica, el objetivo es asegurar la protección de la salud de la madre; 2) en la paternidad biológica, o referido al otro progenitor no biológico, se trata de cumplir con los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil; y 3) en el supuesto de la adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, el objetivo es lograr la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado y atención del menor. Así, a modo de facilitar al lector la argumentación que se defiende, planteamos un supuesto concreto referido a una trabajadora mayor de 21 años de edad, que sea madre biológica y que no alcance el periodo mínimo de cotización exigido para el acceso a la prestación por nacimiento y cuidado de menor en su modalidad contributiva. De acuerdo a la norma, la madre biológica, podría causar derecho a la prestación en su modalidad no contributiva, con una duración mínima de 6 semanas que serán posteriores al parto, periodo de descanso obligatorio de la madre de acuerdo al art. 48.4 LET. Asimismo, el otro progenitor vendrá obligado a suspender su contrato de trabajo en las mismas seis semanas que la madre biológica, en base al

¹⁴⁹⁸ Art. 47.1 LGSS.

mismo precepto de la LET, pero con otra justificación. Sin embargo, en este caso, si el otro progenitor no reuniera el periodo mínimo de cotización exigido para causar derecho a la prestación contributiva, quedaría totalmente excluido del sistema protector de la Seguridad Social, puesto que la prestación no contributiva está reservada para las mujeres y sólo en caso de parto. Así, se plantearía el desconcertante supuesto en el que el otro progenitor viene obligado a suspender su contrato pero que, sin embargo, no le corresponde sustento económico por parte del sistema protector de la Seguridad Social. Se trata de la misma situación –injusta en nuestra opinión– que ya padecían las mujeres antes de la entrada en vigor de la LOIMH. Entendemos que el legislador, que no ha optado por la equiparación entre ambos progenitores¹⁴⁹⁹, deberá abordar esta reforma legislativa, para evitar estas situaciones que, sin lugar a dudas, se empezarán a plantear y que giran en torno a posibles desigualdades de trato entre progenitores¹⁵⁰⁰.

4.3.2.3. Prestación económica y cálculo

La cuantía de la prestación económica será igual al 100 por ciento del IPREM vigente en cada momento¹⁵⁰¹. Sin embargo, en el supuesto que la base reguladora calculada conforme al art. 179 (prestación por nacimiento y cuidado de menor en su modalidad contributiva) o al art. 248 (para el supuesto de trabajadores contratados a tiempo parcial), fuese de cuantía inferior al IPREM vigente, se deberá tener en cuenta esta última.

Específicamente, en los supuestos de trabajadoras contratadas a tiempo parcial, la norma establece que si la base reguladora diaria resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante, entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta última. Habría que tener en cuenta que, si la trabajadora no alcanza el periodo de carencia mínimo para optar a la prestación contributiva, muy probablemente su permanencia en la empresa sea inferior al año. Por ello, el legislador debió tener en cuenta esta circunstancia, para

¹⁴⁹⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La corresponsabilidad...”, op. cit., pág. 59. El autor opina que, con esta decisión del legislador, “se genera así una ruptura del objetivo de equiparación que puede cuestionar, si bien de manera muy parcial, el objetivo de la reforma, pues se mantiene una prestación exclusivamente destinada a la mujer trabajadora”.

¹⁵⁰⁰ Esta falta de previsión legislativa se cita en MEIL, G.; ROGERO-GARCÍA, J.; ROMERO-BALSAS, P.; CASTRILLO-BUSTAMANTE, C., “El camino hacia permisos de maternidad y paternidad iguales e intransferibles en España”, Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, núm. 141, 2019, pág. 27.

¹⁵⁰¹ Recordemos que el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples se regula en el art. 2.1 del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía. En este precepto, se determina que, se crea el IPREM, para que pueda utilizarse como indicador o referencia del nivel de renta, que sirva para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos, y pueda sustituir en esta función al salario mínimo interprofesional. Para el año 2021, la cuantía del IPREM, es la que se estableció por la Disposición adicional centésima vigésima primera, de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre de 2020, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021. Estas cuantías eran las siguientes: diaria, 18,83 euros; mensual, 564,90 euros y anual, 6.778,80 euros.

que el denominador fueran los días que efectivamente estuviera contratada. Por lo que, en la actualidad, se pueden producir situaciones en las que se produzca una disminución injustificada de la base reguladora¹⁵⁰². Su referencia a estas bases reguladoras, no encuentra justificación y resulta extraño a la lógica asistencial del nivel no contributivo, puesto que se trata de una prestación no contributiva, en la que no se tiene en cuenta el periodo de cotización para acceder a la misma¹⁵⁰³. A este respecto, el CES considera que, al tratarse de un subsidio no contributivo, la alusión a la base reguladora produce confusión, por lo que debería ser eliminada¹⁵⁰⁴.

Esta prestación económica, tiene la consideración de no contributiva a los efectos del art. 109 LGSS, sobre los recursos para la financiación de la Seguridad Social. Así, la acción protectora de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva y universal, se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social, con excepción de las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y servicios sociales cuya gestión se halle transferida a las comunidades autónomas, en cuyo caso, la financiación se efectuará de conformidad con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el INSS, con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema, hasta tanto en cuanto, no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

Al igual que sucede con la prestación en su modalidad contributiva, la base reguladora del subsidio no contributivo, podrá modificarse, de manera excepcional, por los siguientes motivos:

- 1. Por incremento de la base de cotización:** como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por nacimiento y cuidado de menor. La retroactividad es la clave, puesto que, si el incremento se produce sin efectos retroactivos, no se modificará la base de cotización vigente en la fecha de inicio del percibo de la prestación, por lo que no se modificaría la base reguladora. En ese caso, si la base reguladora resultase de cuantía superior al IPREM vigente, se tomará éste para determinar la cuantía del subsidio.

¹⁵⁰² BALLESTER PASTOR, M.A., "La prestación...", op. cit., pág. 189 y RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., "Dimensiones jurídico-laborales...", op. cit., pág. 149.

¹⁵⁰³ AGUILERA IZQUIERDO, R., "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. Extra 2, 2007, págs. 80-81.

¹⁵⁰⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), "Dictamen 08/2006, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres", 26 de abril de 2006. Enlace: <https://bit.ly/36kVMej>.

Cuando para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso.

2. **Por inferioridad de la base de cotización:** con relación a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora. La cuota de cotización se calculará sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si durante la situación de nacimiento y cuidado de menor, dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última base. La obligación de cotizar continua durante la percepción del subsidio no contributivo.

4.3.2.4. Dinámica de la prestación

A) Nacimiento y duración

Se tendrá derecho al subsidio por nacimiento y cuidado de menor en su modalidad no contributiva, a partir del día del parto. Como norma general, la duración de la prestación será de cuarenta y dos días naturales (seis semanas) a contar desde la fecha en la que se produzca el parto¹⁵⁰⁵. Esta duración general, podrá incrementarse en catorce días naturales, cuando se produzca alguno de los siguientes supuestos¹⁵⁰⁶:

1. **Nacimiento de hijo en una familia numerosa:** o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas¹⁵⁰⁷.
2. **Nacimiento de hijo en una familia monoparental:** entendiéndose por tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁵ En opinión de NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., VELASCO PORTERO, T., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "Igualdad y conciliación...", op. cit., pág. 83, se trata de una duración insuficiente, si se tiene en cuenta el interés del recién nacido, no quedando el bien jurídico adecuadamente atendido.

¹⁵⁰⁶ Supuestos añadidos por la Disposición final tercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

¹⁵⁰⁷ El art. 2 de esta norma establece que se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes. Asimismo, equipara a familia numerosa, las familias constituidas por: a) uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar; b) dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes; c) el padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal; d) dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas; e) tres o más hermanos huérfanos de padre y madre, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es discapacitado, que convivan y tengan una dependencia económica entre ellos; y f) el padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor.

3. Parto múltiple: entendiéndose que existe cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos hijos.

4. Discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65 por ciento: de acuerdo al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Entendemos que el objetivo de la ampliación basada en este supuesto radica en la mayor dificultad de la madre para adaptarse y poder atender adecuadamente al recién nacido por sufrir ella o el hijo un cierto grado de minusvalía¹⁵⁰⁹.

El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

En el supuesto de fallecimiento del hijo, la duración de la prestación económica no se verá reducida, ni tampoco cuando 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 durante al menos ciento ochenta días.

Asimismo, la duración del subsidio no se amplía en los casos de partos prematuros y en los de hospitalización de los neonatos ni, en tales supuestos, procederá tampoco la interrupción del abono del subsidio. Hecho que resulta evidente, puesto que la prestación no contributiva tiene por objeto cubrir el periodo de las seis semanas de descanso obligatorio tras el parto, periodo en el que la madre se podrá recuperar físicamente, con independencia de la hospitalización del neonato.

Sobre el disfrute de la prestación no contributiva a tiempo parcial durante las primeras seis semanas, es decir, en el periodo inicial de cuarenta y dos días, la norma establece que la madre no podrá hacer uso de esta modalidad, que serán de descanso obligatorio a tiempo completo, al igual que ocurre con la prestación contributiva¹⁵¹⁰. Sin embargo, en el caso que la duración máxima se amplíe en catorce días adicionales, en base a los supuestos citados anteriormente entendemos que, para este periodo adicional, nada impediría el disfrute a tiempo parcial.

Las relaciones entre la prestación por nacimiento y cuidado de menor no contributiva y la prestación por incapacidad temporal, seguirán las mismas reglas que las establecidas para los supuestos de prestación contributiva, descrito en epígrafes anteriores, siempre que las situaciones contempladas resulten análogas para ambos tipos de subsidio.

¹⁵⁰⁸ Algunos autores como RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., "Dimensiones jurídico-laborales...", op. cit., pág. 139; y PUMAR BELTRÁN, N., "Una visión crítica de la protección de las familias monoparentales por la Seguridad Social", Relaciones Laborales, núm. 9, 2012, págs. 25-57, valoran de forma positiva que se tengan en cuenta las mayores necesidades que tienen las familias monoparentales, criticando el hecho de que no se reconozcan en la prestación contributiva.

¹⁵⁰⁹ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., "La prestación no contributiva...", op. cit., págs. 41-64.

¹⁵¹⁰ Disposición adicional primera RD 295/2009.

Llegados a este punto, en el supuesto que la trabajadora hubiera agotado la duración máxima de la prestación no contributiva (seis u ocho semanas, dependiendo del caso concreto), *¿en qué situación quedaría con respecto al percibo de una prestación económica?* Pueden plantearse dos escenarios en función de la recuperación física de la madre. En primer lugar, si se ha recuperado totalmente del parto y goza de un buen estado de salud, podrá optar entre reincorporarse a su puesto de trabajo, o continuar con su contrato en suspenso hasta que finalice el periodo máximo establecido en la LET, pero sin derecho a percibir contraprestación económica alguna. En segundo lugar, si aún no ha recuperado el estado de salud que tenía previo al parto, en función de la cotización que tuviera la trabajadora, podrían plantearse dos escenarios posibles. El primero de ellos, sucederá si durante la suspensión del contrato por nacimiento y contrato de menor consiguiera reunir el periodo mínimo de carencia necesario para causar derecho a la prestación por IT. En este caso, la trabajadora podrá finalizar el descanso por nacimiento y cuidado de menor y acceder a la situación de IT. En el segundo escenario, si no consigue reunir la carencia mínima, podrá seguir suspendido su contrato hasta que acumule la cotización mínima necesaria para el acceso a la prestación por IT, ya que, en este caso podrá renunciar al tiempo de descanso por nacimiento y cuidado de menor que le quedase por consumir y pasar a la situación de IT. En cualquier caso, cuando finalice el descanso por parto, su contrato podría suspenderse por IT, aunque no pudiera acreditar la carencia necesaria para causar derecho a su correspondiente prestación¹⁵¹¹.

Por último, es preciso señalar que la ampliación de los catorce días, es de carácter voluntario y no obligatorio, por lo que, la beneficiaria del subsidio podrá percibir el mismo durante los catorce días extra si concurre alguna de las causas que lo justifica o, por el contrario, podrá reincorporarse a su puesto de trabajo sin disfrutar de los mismos o sólo la parte correspondiente al tiempo de suspensión del contrato de trabajo que consumió¹⁵¹².

B) Extinción

El derecho al subsidio se extinguirá:

1. Por el transcurso del plazo de duración establecido.
2. Por el fallecimiento de la beneficiaria.
3. Por reconocerse a la beneficiaria una pensión por incapacidad permanente (IP).
Es decir, cuando se produzca una IP en los grados de: permanente total,

¹⁵¹¹ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “La prestación no contributiva...”, op. cit., págs. 41-64,

¹⁵¹² CASTRO ARGÜELLES, M. A., “El subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva: puntos críticos”, en “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, La Ley, Madrid, 2010, pág. 372.

permanente absoluta y gran invalidez¹⁵¹³. No se extinguirá para los supuestos en los que se reconozca una IP parcial, puesto que la prestación económica para este supuesto, consistirá en una cantidad a tanto alzado y no en una pensión¹⁵¹⁴.

4. Por la reincorporación de la trabajadora durante el periodo de ampliación de catorce días naturales en base a los supuestos anteriormente citados. Es evidente que la trabajadora no podrá reincorporarse antes de que finalice el periodo de descanso obligatorio de seis semanas posteriores al parto.

C) Denegación, anulación y suspensión

Esta prestación podrá denegarse, anularse o suspenderse por las mismas causas establecidas en el art. 180 LGSS (pérdida o suspensión del derecho al subsidio por nacimiento y cuidado de menor), precepto que se ha estudiado en epígrafes anteriores. Recordemos las dos causas que se contemplan:

1. Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
2. Cuando la beneficiaria trabajara por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio.

4.3.2.5. Procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación

La tramitación administrativa de la prestación por nacimiento y cuidado de menor en su modalidad no contributiva, se regula en el art. 21 RD 295/2009 y es común para las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor en el supuesto general contributivo, el ejercicio corresponsable del cuidado de lactante, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, sin perjuicio de las particularidades de cada una de ellas.

Así, específicamente para la tramitación de la prestación por nacimiento y cuidado de menor en su modalidad no contributiva, se establecen las siguientes particularidades:

1. **Documentación a presentar:** variará en función de la duración de la prestación no contributiva. Así, en los supuestos en que, como norma general, la duración de la prestación sea de cuarenta y dos días naturales, deberá presentarse la misma documentación que está establecida para la prestación en su modalidad contributiva. A modo de recordatorio la citamos: a) Informe de maternidad expedido por el correspondiente Servicio Público de Salud; b) libro de familia o

¹⁵¹³ Art. 194 LGSS.

¹⁵¹⁴ Art. 196.1 LGSS.

certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil, siempre y cuando no haya sido transmitido este dato por el Registro Civil; c) certificación de cotizaciones a la Seguridad Social de la última o últimas empresas o acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas si la causante es la obligada a su ingreso, cuando sean necesarias para justificar el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas; y d) una declaración de situación de la actividad, si la entidad gestora lo estima conveniente, cuando se trate de trabajadoras incluidas en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), a excepción de las integradas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y de las trabajadoras autónomas económicamente dependientes. Y, en segundo lugar, en los supuestos en que proceda la ampliación del subsidio, además de los documentos señalados anteriormente, será necesaria la aportación de los siguientes:

a) Título oficial de familia numerosa: no obstante, si no ha sido reconocida la condición de familia numerosa, pero se presume dicha situación, se acreditará tal condición con la presentación del formulario de haber solicitado el título de familia numerosa.

b) Certificado de discapacidad de la madre: con reconocimiento de un grado igual o superior al 65 por 100, efectuado de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, por el órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente o por la dirección provincial del IMSERSO en Ceuta y Melilla.

c) Informe médico del hospital público en el que se haya producido el nacimiento del hijo: en el que consten las dolencias relacionadas con su discapacidad y las repercusiones en la futura vida del neonato. Si el nacimiento se produce en un centro privado, será necesario presentar un informe del facultativo del Servicio Público de Salud.

2. Supuestos de familia numerosa: en aquellos supuestos en los que no se acredite suficientemente, si se reúnen el resto de los requisitos exigidos, se procederá a resolver estimativamente la prestación, salvo en lo que respecta a la ampliación de la duración del subsidio por la condición de familia numerosa. Cuando se presente la documentación requerida, se procederá al abono de la cuantía de la prestación restante, si se tiene constancia de que se había suspendido el contrato de trabajo. Si no se tuviera constancia de dicha suspensión, la trabajadora deberá aportar el certificado de empresa. Asimismo, en aquellos supuestos en los que no se acredite suficientemente la existencia de una familia numerosa, los días de ampliación no podrán ser disfrutados con posterioridad a la reincorporación al trabajo.

3. Supuesto de fallecimiento de la madre: la norma no permite el percibo de la prestación por parte del otro progenitor, por lo que no cabe trámite ni documentación alguna.

4.3.2.6. Gestión de la prestación económica

La prestación por nacimiento y cuidado de menor de naturaleza no contributiva será gestionada directamente por el INSS, excepto para las trabajadoras incluidas en el REM, cuya gestión corresponderá al ISM.

El pago del subsidio, que se ejecutará por periodos vencidos, será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas.

4.3.3. La tributación de las prestaciones asociadas al nacimiento y cuidado de menor en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)

En este epígrafe se estudia la tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor y la jurisprudencia que se ha generado en los últimos años con relación a la exención de las rentas generadas por esta prestación económica en el mencionado impuesto¹⁵¹⁵.

Así, el art. 7 h) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF), en lo que respecta a nuestro estudio, establecía en su texto original que estarán exentas del IRPF, las prestaciones familiares reguladas en la LGSS (...), las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad, (...) así como las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las Comunidades Autónomas o entidades locales. Cuando citamos “texto original”, nos referimos al texto vigente hasta la publicación de la STS de 03/10/2018 y de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 27/2018, de 28 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria y catastral.

En primer lugar, nos referimos a la STSJ de Madrid de 06/07/2016 en la que, ante un caso de desestimación por parte del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, sobre solicitud de rectificación de autoliquidación de IRPF, se reconoce el derecho a la trabajadora a la devolución de las retenciones practicadas sobre los ingresos económicos derivados de la prestación por maternidad. El tribunal

¹⁵¹⁵ Es cierto que esta problemática no es objeto de este estudio, puesto que repercute en otros ámbitos no propios de la jurisdicción social. Sin embargo, debido a la repercusión judicial que las sentencias del TS han originado sobre esta temática, se ha considerado conveniente exponer el problema y analizar la solución aportada por los tribunales de justicia.

se basa en una interpretación literal de los párrafos tercero y cuarto del art. 7 h) LIRPF que, para facilitar la comprensión de este fallo judicial, reproducimos de forma íntegra. Párrafo tercero: “Igualmente estarán exentas las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad”. Párrafo cuarto: “También estarán exentas las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las Comunidades Autónomas o entidades locales”¹⁵¹⁶.

Así, el párrafo tercero se refiere al alcance de la exención de las prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad, sin distinguir la procedencia de las prestaciones y solo es en el cuarto párrafo donde se aclara que estarán exentas también las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las Comunidades Autónomas o entidades locales. Por lo que, la prestación por maternidad percibida por una trabajadora por parte del INSS (ente público nacional), tiene que estar forzosamente incluida en el párrafo tercero, que reconoce tal beneficio tributario con carácter general. Así, en el cuarto párrafo se amplía el beneficio fiscal a las prestaciones que tengan procedencia de otros entes públicos, ya sean locales o autonómicos. En conclusión, este primer fallo judicial abría la puerta a la exención del IRPF a las rentas obtenidas por las prestaciones económicas relacionadas con la maternidad-paternidad^{1517 1518}.

Sobre este fallo judicial, es preciso traer a colación la STSJ de Madrid de 03/02/2010, que resolvía en el mismo sentido un caso similar pero que, sin embargo, se basaba en otros criterios. Así, de conformidad con el anterior texto legal –que no incluía el párrafo tercero mencionado antes–, el tribunal entendía que en el párrafo primero no se hace mención a las prestaciones por maternidad, pero en el párrafo segundo (el actual tercero) si se refiere a ellas cuando alude a las percibidas por las comunidades autónomas o entidades locales, debiendo considerar que la referencia que se realiza, trata de ampliar el contenido del primero, lo que conduciría a considerar que en el primer apartado también se encuentran comprendidas las prestaciones por maternidad¹⁵¹⁹. Además del texto de la Exposición de Motivos de la Ley 62/2003, se desprende que la exención comprende la prestación de maternidad y no sólo las de nacimiento, parto múltiple, adopción e hijo a cargo, pues se refiere

¹⁵¹⁶ Es conveniente precisar que, el párrafo tercero no se encontraba regulado por la norma que antecedía la Ley 35/2006 (Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), texto que ya fue derogado por la nueva ley, que sí incluyó el párrafo de referencia.

¹⁵¹⁷ Sobre la STSJ de Madrid de 06/07/2016, véase ALONSO ARANA, M., “Prestaciones por maternidad: alcance de la exención del IRPF”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 2, 2017.

¹⁵¹⁸ Mismos argumentos se emplean en la STSJ de Madrid de 29/06/2017, donde se mantiene su criterio y vuelve a sostener que la prestación por maternidad que abona la Seguridad Social está exenta de tributar por IRPF.

¹⁵¹⁹ Sobre esta sentencia, véase ZOZAYA MIGUÉLIZ, E., “Exención en el IRPF de la prestación por maternidad”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 5, 2010.

expresamente a la prestación por maternidad, sin distinción del órgano público del que se perciban¹⁵²⁰.

Sin embargo, este fallo judicial no fue compartido con otros que debían resolver sobre la misma cuestión. Así, la STSJ de Andalucía de 27/10/2016, pone de manifiesto que la prestación por maternidad no encuentra encaje en el primer párrafo del mencionado art. 7 h) de la Ley 35/2006, puesto que se refiere a las asignaciones económicas por hijos menores afectados por minusvalía, a las prestaciones económicas de pago único por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y a los casos de madres discapacitadas, y por parto o adopción múltiples (art. 351 LGSS). La prestación por maternidad tampoco encaja en el párrafo segundo que, para los profesionales no integrados en el RETA, se remite al párrafo primero en lo que respecta a las situaciones contempladas. Interpreta lo mismo del párrafo tercero, deduciendo que "...las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad...", son coincidentes con las del párrafo primero, salvo en lo relativo a su procedencia, que en este caso debe ser también pública, pero de un organismo distinto del estatal. Precisamente por esta procedencia, la prestación por maternidad tampoco puede incluirse en las previstas por el párrafo cuarto, limitadas a las recibidas de la administración autonómica o local¹⁵²¹.

Ante esta disparidad de opiniones judiciales, el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) emitió Resolución de fecha 02/03/2017 en la que fijó criterio determinando que, "la prestación por maternidad pagada por la Seguridad Social no está prevista en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como renta exenta del Impuesto, en el art. 7 de la Ley 35/2006"¹⁵²². El TEAC comparte plenamente la interpretación literal que la Dirección General de Tributos realiza respecto del precepto en cuestión y estima que, precisamente por tratarse de una exención tributaria, no pueden tener cabida interpretaciones extensivas o analógicas más allá de lo previsto por el legislador. Llega a la misma conclusión que la

¹⁵²⁰ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

¹⁵²¹ Sobre esta sentencia y su contradicción con el fallo del tribunal madrileño, véase DIARIO LA LEY, "El TSJ Andalucía contradice al de Madrid, y decide que la prestación por maternidad tributa en el IRPF", núm. 8.885, Sección Hoy es Noticia, 20 de diciembre de 2016, Wolters Kluwer. Véase igualmente LUCAS DURÁN, M., "Sobre la pretendida exención en el IRPF de la prestación por maternidad pagada por el INSS y otras entidades integradas en el régimen de la Seguridad Social. Análisis de la STSJ de Madrid de 6 de julio de 2016 (rec. núm. 967/2014) y de la STSJ de Andalucía de 27 de octubre de 2016 (rec. núm. 337/2015)", Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación, núm. 408, 2017, págs. 157-176. En este artículo, el autor opina y califica como errónea la sentencia del tribunal madrileño, "al producirse una confusión entre dos subvenciones públicas diferentes: por un lado, las de nacimiento, adopción o acogimiento y guarda preadoptivos, prestaciones no contributivas y pagadas de una vez con el objeto de potenciar el incremento de los miembros de la familia y, asimismo, compensar el mayor gasto que ello comporta; y, por otro, las de maternidad, que son prestaciones contributivas, pagadas mensualmente en cuanto que sustitutivas del sueldo durante el tiempo de cuidado del vástago reconocido por la legislación. En este sentido, resulta más adecuada la interpretación – justamente contraria– realizada por el TSJ de Andalucía" (págs. 175-176).

¹⁵²² Tribunal Económico-Administrativo Central, Sección Vocalía 12ª, Resolución de 02/03/2017, Rec. 7334/2016.

Dirección General de Tributos, afirmando que la prestación por maternidad que satisface la Seguridad Social tiene la función de sustituir la retribución normal que la contribuyente obtiene de su trabajo (que no está exenta de IRPF). Por tanto, la causa de esta prestación no es la maternidad, sino la suspensión de la relación laboral que origina la maternidad¹⁵²³. Sobre la STSJ de Madrid de 06/07/2016, el TEAC considera que su tesis es contradictoria en sí misma, pues si el párrafo tercero tuviese la función de reconocer un beneficio tributario con carácter general para todas las prestaciones reconocidas por cualquier ente público, el párrafo cuarto de esa misma letra carecería de sentido, siendo evidente que las prestaciones de maternidad concedidas por Comunidades Autónomas o entidades locales ya estarían comprendidas en el párrafo tercero¹⁵²⁴.

Llegados a este punto, la solución definitiva debe venir del TS, que será el que decida en última instancia. Así, la STS de 03/10/2018 establece que no ha lugar recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la STSJ de Madrid de 29/06/2017, en el recurso relativo al IRPF y establece que la prestación por maternidad a cargo del INSS, sí puede incardinarse en el supuesto previsto en el art. 7 h) párrafo tercero LIRPF, como supuesto exento de tributación por IRPF. Fija doctrina legal en base a los siguientes criterios: 1) la Exposición de Motivos de la Ley 62/2003 recoge que la exención que se establece comprende la prestación de maternidad y no sólo las de nacimiento, parto múltiple, adopción e hijo a cargo, pues se refiere expresamente a la prestación por maternidad y no parece pretender que su alcance se limite a las concedidas por las comunidades autónomas o entidades locales, sino que trata de establecer la exención de todas las prestaciones por maternidad, sin distinción del órgano público del que se perciban, lo que conduce a estimar que el mencionado párrafo cuarto trata de extender el alcance del tercer párrafo a las percibidas de las comunidades autónomas o entidades locales; 2) en base a una interpretación gramatical afirma que cuando el párrafo cuarto comienza con la palabra “*también*” estarán exentas las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las Comunidades Autónomas o entidades locales”, después de declarar exentas en el párrafo tercero “las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad”, parece dar a entender que, además de las que corren a cargo de la Seguridad Social, están exentas las que por el mismo concepto se reconozcan por las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, pues en otro caso la partícula “*también*” sería inútil, y podría dar lugar a entender que el legislador ha querido exclusivamente declarar exentas éstas últimas y excluir las estatales; y 3) en

¹⁵²³ Consulta Vinculante V3163-13, de 24 de octubre de 2013 de la Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas.

¹⁵²⁴ Sobre comentarios a esta Resolución del TEAC, véanse GARCÍA LUIS, T., “La discutida exención en el IRPF de las prestaciones de maternidad abonadas por la Seguridad Social. Comentario a la Resolución del TEAC 7334/2016, de 2 de marzo 2017”, Nueva fiscalidad, núm. 1, 2017, págs. 187-198; y CARTA TRIBUTARIA. REVISTA DE OPINIÓN, “El TEAC unifica criterio y establece que las prestaciones por maternidad no están exentas del IRPF”, Carta tributaria. Revista de opinión, núm. 25, 2017, págs. 153-154.

base a una interpretación sistemática, el TS explica que “la prestación por maternidad es el subsidio que gestiona la Seguridad Social que trata de compensar la pérdida de ingresos del trabajador a consecuencia del permiso de descanso por el nacimiento de un hijo, adopción, tutela o acogimiento y durante ese periodo el contrato de trabajo queda en suspenso interrumpiéndose la actividad laboral”. Así, según lo dispuesto en el art. 177 LGSS, “se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen”. Por todo lo expuesto, el TS establece como doctrina legal que “las prestaciones públicas por maternidad percibidas de la Seguridad Social están exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”¹⁵²⁵.

Como consecuencia de la STS de 03/10/2018, el legislador modificó el mencionado art. 7 h) LIRPF para que fuera acorde con la doctrina legal del TS y que no quedará duda sobre la exención de este tipo de prestaciones. Así, el Real Decreto-ley 27/2018, de 28 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria y catastral, introdujo una nueva redacción del art. 7 h) LIRPF, dejando claro que este tipo de prestaciones no tendrán que tributar por las mismas y podrán solicitar la devolución de lo tributado por ellas en ejercicios anteriores no prescritos. Asimismo, introduce otros cambios no relacionados directamente con la STS pero que eran necesarios para evitar una situación de discriminación. Nos estamos refiriendo a los empleados públicos encuadrados en un régimen de Seguridad Social que no de derecho a percibir este tipo de prestaciones de la Seguridad Social, pero que perciben sus retribuciones durante los permisos por parto, adopción o guarda y paternidad a que se refiere el TREBEP; y a los profesionales no integrados en el RETA que perciben tales prestaciones de las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al propio RETA. Por lo que se extiende esta exención a las prestaciones percibidas por otros colectivos, hasta el límite de la prestación máxima que la Seguridad Social reconoce por tal concepto.

A raíz de la doctrina legal fijada por el TS, han sido –y siguen siendo– muy numerosos los pronunciamientos judiciales que se han ido produciendo sobre esta

¹⁵²⁵ Para algunos autores como SANZ CLAVIJO, A., “La exención en el IRPF de la prestación por maternidad satisfecha por la Seguridad Social ¿Una interpretación adecuada del artículo 7, letra h), de la LIRPF? Análisis de la STS de 3 de octubre de 2018, rec. núm. 4483/2017”, Estudios financieros. Revista de Contabilidad y Tributación, núm. 428, 2018, págs. 151-152, determina que “los argumentos interpretativos esgrimidos por el Tribunal Supremo para fijar tal doctrina legal no parecen de toda contundencia –sobre todo por no observar las clarificadoras vicisitudes parlamentarias en el origen del predecesor el art. 7, letra h), Ley 40/1998–, razón por la cual, aun debiéndose acatar la misma, entendemos renovar la corrección hacendística de aquella otra posición más extendida (AEAT, TEAC, cierta jurisprudencia menor y doctrina) de acuerdo con la cual las prestaciones por maternidad satisfechas por el INSS debían tributar como los sueldos o salarios que dejan de percibirse por la suspensión del contrato de trabajo en tal situación protegida”.

problemática concreta y que, como no puede ser de otra manera, fallan todos en el mismo sentido^{1526 1527}.

4.4. EL COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

Uno de los asuntos más controvertidos en los últimos años en materia de reducción de la brecha de género en el ordenamiento de la Seguridad Social, lo encontramos en el complemento que el legislador ha implementado para los beneficiarios de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad.

Se trata de un complemento que se regula en el art. 60 LGSS y que ha sido diseñado con el máximo respeto hacia la jurisprudencia del TJUE, con el objetivo de obtener una herramienta “para la reducción de la brecha de género, que es el reflejo de esa situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo, al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos”¹⁵²⁸. La propia LGSS define como brecha de género de las pensiones de jubilación como el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres¹⁵²⁹.

El texto vigente tiene su origen en el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, texto que surgió a raíz de la STJUE de 12/12/2019, en la que se falló que resultaba discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento.

¹⁵²⁶ Por citar algunas: SSTS de 22/01/2020, 27/01/2020, 05/02/2020, 06/02/2020, 13/02/2020 y 21/02/2020 y 17/09/2020; SSTSJ de Madrid de 19/12/2018, 13/03/2019, 20/03/2019, 07/06/2019, 10/07/2019, 30/09/2019 y 12/02/2020; y SSTSJ de Cataluña de 23/05/2019 y 16/12/2019.

¹⁵²⁷ Sobre los comentarios que ha generado esta doctrina legal, véanse MATA SIERRA, M.T., “A vueltas con la discutible exención de las prestaciones de maternidad y paternidad del artículo 7H) de la LIRPF”, Civitas. Revista Española de Derecho Financiero, núm. 183, 2019, págs. 127-152; JOAQUÍN VALENCIA, J.A., “Novedades en la exención de las prestaciones por maternidad”, Actualidad jurídica Aranzadi, núm. 945, 2018, pág. 11; y GOROSPE OVIEDO, J.I., “La equívoca exención de la prestación por maternidad (y paternidad) en el IRPF y su nueva regulación”, Quincena fiscal, núm. 4, 2019, págs. 59-84.

¹⁵²⁸ Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

¹⁵²⁹ Disposición Adicional trigésima séptima.

4.4.1. Origen y antecedentes

4.4.1.1. El desaparecido complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social

Al abordar el estudio del complemento económico que se regula en el art. 60 LGSS, es imprescindible conocer los antecedentes normativos de este recurso, el llamado “complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social”. Se trataba de un complemento a las pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad, de forma que el sistema de Seguridad Social reconocía la “aportación demográfica” de las familias como elemento clave para la sostenibilidad futura del sistema. Formaba parte de la denominada protección social complementaria a la familia dentro del ámbito del sistema público de Seguridad Social¹⁵³⁰. El principal objetivo era la inclusión de un nuevo concepto técnico: “cotización demográfica”, es decir, que se debe tener en cuenta el número de hijos que se aportan, puesto que eso será clave para la sostenibilidad futura del sistema, en la medida en que se trata de futuros cotizantes y no sólo la cotización económica tradicional. Para ello, se empleó el criterio de “contributividad ampliada” en la medida en que no tiene en cuenta sólo la cotización económica, sino que incorpora una nueva cotización, hasta ahora olvidada o cuando menos situada en un segundo plano¹⁵³¹.

A) El nacimiento y los objetivos iniciales del complemento por maternidad

Tuvo su origen en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016¹⁵³² ¹⁵³³. Durante la tramitación parlamentaria de la norma, en la fase de presentación de enmiendas, se justificó la incorporación de este complemento –al que no se hacía referencia en el Proyecto de Ley presentado

¹⁵³⁰ VIVERO SERRANO, J.B., “La protección complementaria pública a la familia”, Capítulo III de la obra colectiva “Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)”, ponencias y comunicaciones, 2018, pág. 71.

¹⁵³¹ SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas”, 2015, pág. 29. Enlace: <https://bit.ly/35A8Soi>. A tal efecto, véase la explicación que sobre el mismo se realiza en la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, en la que se determina que se trata de “ampliar el concepto de contributividad, que hasta ahora era mero reflejo de la aportación económica en forma de cotizaciones a lo largo de un número determinado de años de la vida laboral, e incorporar la contributividad demográfica atendiendo al principio de que tan importante es lo que se aporta dinerariamente como puede serlo lo que se hace en forma de futuros cotizantes” (Intervención del Secretario de Estado de la Seguridad Social, Sr. Burgos Gallego) («BOCG. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», núm. 853, de 30 de junio de 2015, págs. 2-3).

¹⁵³² Disposición final segunda: modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

¹⁵³³ Para conocer con detalle las novedades legislativas que los Presupuestos Generales del Estado para 2016 aportaron en materia laboral y de Seguridad Social, véase CABERO MORÁN, E., “La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016: disposiciones anuales y modificaciones permanentes en materia laboral y de Seguridad Social (I)”, Trabajo y Derecho, núm. 12, 2015, págs. 118-120, y CABERO MORÁN, E., “La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016: disposiciones anuales y modificaciones permanentes en materia laboral y de Seguridad Social (y II)”, Trabajo y Derecho, núm. 14, 2016, págs. 89-93.

inicialmente por el Gobierno– en base a la consecución de los siguientes objetivos¹⁵³⁴
1535:

1. **Contribución demográfica:** reconocer mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad.
2. **Perspectiva de género:** valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres. De hecho, esta medida fue presentada en el Pacto de Toledo, para su valoración y aprobación¹⁵³⁶.
3. **Brecha de género:** eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea¹⁵³⁷.
4. **Apoyo a la familia:** dar concreción a los objetivos generales que atienden a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar, en cumplimiento del Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017. De hecho, fue en este plan en el que se proponía este nuevo complemento, iniciativa que surgió para mejorar la protección de las familias en todas las políticas y de forma transversal¹⁵³⁸.

¹⁵³⁴ Enmiendas números 4.241 y 4.242, presentadas por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados («BOCG. Congreso de los Diputados», serie A, núm. 163-4, de 1 de septiembre de 2015, págs. 2813-2814). Durante la tramitación parlamentaria de las enmiendas, se defendía este complemento en base a la “justicia social”, puesto que, “corrige esa doble penalización que existe hacia las mujeres por ser madres, consistente en salarios más bajos, por un lado, y carreras más cortas de cotización, por otro, lo que implicaba que al final tuvieran pensiones más bajas que los hombres, en concreto un 38 % menos de pensión” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 889, de 08/09/2015, pág. 12).

¹⁵³⁵ Esta enmienda fue aprobada tras votación en sesión plenaria el día 20/10/2015. Resultado de la votación: Sí: 312 No: 10 Abstenciones: 6.

¹⁵³⁶ Recordemos que la Decimoséptima Recomendación del Pacto de Toledo, establece que, “La Comisión entiende que el sistema debe valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en tanto en cuanto se ha constatado la existencia de retribuciones diferenciadas, de mayores periodos de interrupción por cuidados de hijos o familiares en situación de dependencia, o de mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a las mujeres que a los hombres”.

¹⁵³⁷ Sobre la reducción de esta brecha de género, véase estudio pormenorizado que realiza ERRANDONEA ULAZIA, E., “El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres”, *Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 7, 2016, págs. 75-95, sobre la situación actual de las mujeres pensionistas en España y los factores que explican el porqué de esta situación. Se centra en argumentos tales como: tasas de desempleo, segregaciones, salarios medios y brecha salarial, jornadas laborales y contrataciones temporales, etc. Asimismo, véase igualmente GALLEGOS LOSADA, R., “El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 403, 2016, págs. 19-54.

¹⁵³⁸ El PIAF fue aprobado por el Consejo de Ministros de 14/05/2015, tras la elaboración y aportación de todos los Ministerios y del movimiento asociativo familiar. Se justificaba que integraría todas las políticas y acciones orientadas a las familias en el período 2015-2017. Ese proyecto, que formaba parte de la Agenda Social del

Se trató de una medida innovadora en nuestro país, puesto que se trataba de apoyar la maternidad y reconocer el papel de las mujeres que decidían tener hijos. Países de nuestro entorno más cercano como Francia (para las mujeres a partir del tercer hijo) y, en menor medida, Luxemburgo, disponían de medidas similares al complemento de maternidad aprobado en España¹⁵³⁹. Así, se justificaba afirmando que “las mujeres son las que, mayoritariamente, dejan de forma temporal su trabajo para atender a sus hijos. El 95 por 100 de las excedencias por cuidado de hijos corresponden a mujeres y también son ellas las que más reducen su jornada laboral por este motivo. De hecho, el 73,2 por 100 de los contratos a tiempo parcial en España recaen en trabajadoras. Ello repercute de forma directa no sólo en sus ingresos, sino también en el momento de la jubilación como una “doble penalización”. Es por esta mayor dedicación a la familia, en gran medida, por lo que las mujeres en España cobran una pensión un 37 por 100 inferior, de media, a la de los hombres”¹⁵⁴⁰.

B) Dinámica del complemento

Se trataba de un complemento económico para la mejora de pensiones contributivas, que se reconocía por la aportación demográfica a la Seguridad Social que había supuesto la maternidad. La “aportación demográfica”, como base justificativa del complemento por maternidad, es un concepto jurídicamente indeterminado y confuso que no se ajustaba a la realidad del propio complemento¹⁵⁴¹. A tal efecto, se constatan hechos que no justificaban que fuera causa y fundamento del complemento: 1) las mujeres no eran las únicas responsables de esta aportación demográfica; 2) únicamente se “premiaba” la aportación en su vertiente contributiva, dejando sin valoración la aportación demográfica que realizaban las madres con pensiones no contributivas; 3) las madres de un único hijo también realizaban una aportación demográfica; y 4) la adopción (salvo la internacional), no suponía una aportación a la demografía del país. Asimismo, tenía naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, en lo referente al nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización (recalculando el complemento con cada variación del importe de la pensión, para garantizar en todo momento, el ajuste real entre pensión y complemento).

Gobierno, contaba con una estimación presupuestaria de 5.400 millones de euros el primer ejercicio y estaba formado por 227 medidas (PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, “Aprobado el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017 (PIAF)”, 14 de mayo de 2015. Enlace: <https://bit.ly/2K9IZoH>).

¹⁵³⁹ GARCÍA ROMERO, M.B., “Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional”, Revista de Derecho Social, núm. 74, 2016, pág. 130.

¹⁵⁴⁰ PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, “Aprobado el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017 (PIAF)”, 14 de mayo de 2015. Enlace: <https://bit.ly/2K9IZoH>.

¹⁵⁴¹ RAMOS QUINTANA, M.I., en “El complemento por maternidad en el Sistema de Seguridad Social: las compensaciones implícitas en su código genético y la erosión de una acción positiva”, Revista de Derecho Social, núm. 89, 2020, pág. 130.

Las beneficiarias del complemento eran las mujeres que hubieran tenido dos o más hijos biológicos o adoptados y fueran beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social, de pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente (generadas por derecho propio) o viudedad (generada por derecho derivado). Estos tres tipos de pensiones eran los que más peso tenían dentro de las pensiones contributivas de la Seguridad Social¹⁵⁴². El hecho de que las únicas beneficiarias fueran mujeres que cumplieran determinados requisitos, suponía que esta medida formaba parte de las denominadas discriminaciones o acciones positivas, que tenían por objeto favorecer la igualdad material en el sentido concebido en el art. 9.2 CE¹⁵⁴³. Como podemos observar, la norma no incluía los supuestos relacionados con la maternidad subrogada, a pesar de su evidente aportación demográfica¹⁵⁴⁴.

Asimismo, la norma recogía que se producía esta “aportación demográfica” a partir de dos hijos, sin tener en cuenta las posibles discapacidades que pudieran tener los mismos, pudiendo incrementarse su cómputo de manera doble, como así ocurre, por ejemplo, para la determinación de categorías de familias numerosas¹⁵⁴⁵ ¹⁵⁴⁶. Por justicia social, el legislador debería recoger esta opción en la norma.

Sobre la filiación, hay autores que estimaban que, tal y como estaba configurado el complemento, tenía difícil encaje la adopción, puesto que no se producía un

¹⁵⁴² Según datos de la Seguridad Social a 1 de enero de 2016, las pensiones de jubilación en vigor suponían un 59,58% del total de pensiones en vigor del sistema, las de viudedad tenían un peso del 25,80% y las de incapacidad permanente suponían el 10,42% del total de las pensiones en vigor. Por su parte, las pensiones de orfandad y a favor de los familiares sólo tenían un peso del 3,79% y 0,42% respectivamente (ALAMINOS, E., AYUSO, M., “Políticas demográficas encaminadas al incremento de la natalidad: especial incidencia en el caso español”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 119 (Extraordinario), 2019, pág. 103).

¹⁵⁴³ TRILLO GARCÍA, A.R., “Demografía y adecuación de las pensiones. Nuevos enfoques en la contributividad”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 119, 2015, págs. 53-54; y RAMOS QUINTANA, M.I., “El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica”, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 61, 2020, pág. 12. Sobre las acciones positivas, la Magistrada D^a GLORIA POYATOS MATAS, miembro de la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Canarias, emitió voto particular en la sentencia de la misma sala, de fecha 11/09/2019, en el que afirmaba que estas acciones “son una estrategia temporal destinada a remover situaciones, prejuicios, comportamientos y prácticas culturales y sociales que impiden a un grupo social minusvalorado o discriminado (en función de la raza, sexo, situación física de minusvalía, etc.), alcanzar una situación real de igualdad de oportunidades. Tienen como objetivo alcanzar la igualdad sustancial. Tratan diferente a lo diferente como mecanismo para generar mayor igualdad. Por ello, se configuran como medidas correctivas de situaciones de desigualdad generadas a lo largo de una historia de relegación y subordinación de un grupo social, al cual se trata de compensar, eliminando o minimizando un estado de desigualdad estructural, es decir un estado en el que participa la sociedad en su conjunto y la padece todo un sector de la misma. La acción positiva protege al sector desventajado en su totalidad y siempre son medidas temporales pues únicamente están justificadas hasta el momento en que se elimine la desventaja que las originó”.

¹⁵⁴⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La protección jurídico-laboral de maternidad ante la “gestación subrogada” y tutela integral de los hijos: antecedentes, estado de la cuestión y perspectivas”, Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, núm. 18, pág. 78, establece que debería corregirse el art. 60 LGSS, para incluir este supuesto concreto. En referencia a VICENTE PALACIO, A. “Cambios sociales y prestación económica por maternidad (sobre la maternidad subrogada)”, Revista de Seguridad Social, núm. 12, 2017, pág. 141.

¹⁵⁴⁵ Art. 4.3 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

¹⁵⁴⁶ Asimismo, numerosas normas recogen prerrogativas en favor de la discapacidad de hijos como, por ejemplo, la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor discapacitado, tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los progenitores (art. 48.6 LET).

incremento de la población, salvo en los supuestos de adopciones internacionales. Por lo que podría limitarse a la maternidad biológica (y en su caso a las adopciones internacionales), sin que se incurriera en una inconstitucionalidad frente al art. 39.2 CE¹⁵⁴⁷ ¹⁵⁴⁸.

En cuanto a las características o requisitos mínimos que debían cumplirse, relativos a los hijos, la norma nada regulaba al respecto. Situaciones como darlo en adopción, que residiera fuera del territorio nacional o el fallecimiento durante el parto, eran en principio válidas a efectos del reconocimiento del complemento por maternidad. En este sentido, los criterios técnicos de interpretación del INSS, establecían que el nacimiento debía “haberse producido en España y la adopción debe haberse realizado conforme a la legislación española”, o bien en algún país al que fueran de aplicación los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social¹⁵⁴⁹. Asimismo, “se tendrán igualmente en cuenta los nacimientos que se hubieran producido durante una estancia temporal de la interesada en países distintos de los anteriores si, en dicha fecha, la misma era residente habitual en España, o en un Estado miembro de la UE, EEE o Suiza”¹⁵⁵⁰. Sin embargo, a raíz de la STS de 14/06/2016, el INSS cambió su criterio, por el que resultaba indiferente el lugar del nacimiento o de la adopción, si bien en este último caso era necesario que la adopción formalizada en el extranjero surtiera efectos en España¹⁵⁵¹.

Por último, cabe precisar que únicamente se computaban los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente. En cualquier caso, la norma disponía que este complemento era de aplicación cuando concurrieran las circunstancias previstas en el mismo, a las pensiones contributivas que se hubieran causado a partir del 1 de enero de 2016¹⁵⁵². Por tanto, las madres de dos o más hijos beneficiarias de pensiones de jubilación, incapacidad permanente o viudedad, cuya pensión fuera reconocida antes del día 1 de enero de 2016, quedaban fuera de su ámbito de aplicación. Es decir, la mayoría de estas madres, no podían ser

¹⁵⁴⁷ Art. 39. 2 CE: los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación.

¹⁵⁴⁸ Por todos, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “El nuevo complemento...”, op. cit., págs. 106-114. Mismos argumentos se emplean en SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo...(2015)”, op. cit., pág. 447.

¹⁵⁴⁹ SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Criterios para la aplicación del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la seguridad social”, 17 de diciembre de 2015, pág. 2.

¹⁵⁵⁰ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Consulta núm. 2/2016. Materia: Aplicación normas internacionales. Periodos por parto. Complemento por maternidad. Lugar de nacimiento de los hijos”. 11 de febrero de 2016.

¹⁵⁵¹ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Consulta núm. 27/2016. Materia: Acción protectora. Periodos de cotización asimilados por parto. Complemento por maternidad. Hijo nacido o adoptado en el extranjero”, 15 de diciembre de 2016. Enlace: <https://bit.ly/3vF3gn6>.

¹⁵⁵² Disposición final única LGSS.

beneficiarias de este complemento¹⁵⁵³. A tal efecto, es preciso diferenciar entre el último día trabajado y el día del cese en la actividad. Así, en el supuesto de una trabajadora que: 1) solicita al INSS la pensión de jubilación con fecha 29/12/2015; 2) informa que su último día de trabajo sería el 31/12/2015; y 3) cesa por lo tanto al día siguiente; se le reconoció la pensión con el correspondiente complemento por maternidad, puesto que la pensión se entendía causada el día del cese, es decir el 01/01/2016¹⁵⁵⁴.

C) Cuantía del complemento y cálculo

Era un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las citadas pensiones, un porcentaje determinado que estaba en función del número de hijos según la siguiente escala¹⁵⁵⁵:

- En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.
- En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.
- En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.

D) El principio del fin del complemento por maternidad

Uno de los aspectos más controvertidos del desaparecido complemento por maternidad, y causante de su pérdida de vigencia, era el relacionado con el ámbito subjetivo, dirigido exclusivamente a las mujeres. *¿Era conforme a derecho que únicamente pudieran ser beneficiarias las mujeres, con independencia de que hubieran trabajado o no? o, por el contrario, ¿estábamos ante una situación que quebraba el principio de igualdad entre progenitores?* La respuesta no era sencilla, por lo que vamos a plantear las diferentes circunstancias que estaban relacionadas con estos interrogantes, para profundizar en aquellas en las que había más controversias.

En primer lugar, a nivel de norma comunitaria, citamos la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad

¹⁵⁵³ ERRANDONEA ULAZIA, E., “El nuevo complemento por maternidad...”, op. cit., pág. 95.

¹⁵⁵⁴ SSTSJ de Cataluña de 26/03/2018, 27/05/2019 y STSJ de Andalucía de 01/02/2018. Similares argumentos se emplean en la STSJ de Andalucía de 08/01/2020, en la que, en un caso reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta, se le debe reconocer a la trabajadora, puesto que la fecha de efectos de la pensión mejorada es de 1 de febrero 2016.

¹⁵⁵⁵ El número medio de hijos por mujer es de 1,31, una de las cifras más bajas de fecundidad de la Unión europea (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “España en cifras 2019”, 2020, pág. 10. Enlace: <https://bit.ly/3d4H1OB>). Con estos datos, no se asegura el reemplazo generacional, fijado en 2,1 hijos por mujer como promedio (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Encuesta de fecundidad 2018. Metodología”, 2019, pág. 4. Enlace: <https://bit.ly/3ltU2VY>). Por ello, es evidente, que con 1 sólo hijo no se satisface esta tasa de reposición, por lo que el legislador, decidió no incluir a las mujeres con un hijo, como potenciales beneficiarias.

social¹⁵⁵⁶. El texto garantiza el principio de igualdad de trato, suponiendo la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, especialmente en lo referido: a) al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; b) a la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones; y c) al cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones. Asimismo, este principio no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad. Es decir, se debe respetar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, permitiéndose un trato diferenciado a la protección de la mujer por razón de su embarazo o lactancia natural que, por razones biológicas obvias, únicamente pueden ser las protagonistas las mujeres. En este sentido, la Directiva ha relacionado un conjunto de materias que pueden estar excluidas de su ámbito de aplicación, determinando que los Estados miembros las examinarán periódicamente a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de las que se trata¹⁵⁵⁷. Estas materias excluidas son las siguientes: a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones; b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos; c) la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razón de los derechos derivados de la esposa; d) la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, de vejez, de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo; y e) las consecuencias que resultaren del ejercicio, antes de la adopción de la presente Directiva, de un derecho de opción con objeto de no adquirir derechos o de no contraer obligaciones en el marco de un régimen legal. La duda que surgió es si el complemento por maternidad se encontraba dentro de las exclusiones que permitían el trato diferenciado hacia las mujeres por el hecho biológico de la maternidad o lactancia natural. Es decir, si se permitía ese trato diferenciado hacia la mujer por razones asociadas a su función biológica. La respuesta era negativa, por varios motivos: 1) se trataba de una medida que intentaba premiar la aportación demográfica, hecho no exclusivo de las mujeres. Tanto desde la perspectiva biológica, como adoptiva, la aportación demográfica sería una cualidad predicable tanto de mujeres como de hombres, dado que tanto la procreación como la responsabilidad en el cuidado, atención, alimentación y educación de los hijos es predicable de toda persona que pueda tener la condición de padre o madre y sea cual sea su sexo (art. 154 Código civil)¹⁵⁵⁸; 2) se refería tanto a la maternidad biológica como a la adoptiva, que

¹⁵⁵⁶ «DOCE» de 10/01/1979.

¹⁵⁵⁷ Art. 4.1 Directiva 79/7/CEE.

¹⁵⁵⁸ Auto del Juzgado de lo Social de Gerona de 21/06/2018.

pueden tener como protagonistas tanto a las mujeres como a los hombres¹⁵⁵⁹; 3) la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción de los hijos o por el cuidado de los hijos, naturales o adoptados, podía perjudicar por igual a hombres y mujeres, con independencia de su aportación demográfica a la Seguridad Social; y 4) el complemento estaría incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE, puesto que afectaba a la cuantía de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente, que formaban parte del ámbito material de la Directiva¹⁵⁶⁰. Por todo ello, el complemento no debería haber tenido como beneficiarias exclusivas o preferentes a las mujeres, porque difícilmente conectaba con la protección de la maternidad, hecho que hubiera justificado la atribución exclusivamente femenina¹⁵⁶¹.

En segundo lugar, las resoluciones de los tribunales de justicia también tomaron el protagonismo sobre el principio de igualdad entre progenitores en el complemento por maternidad, planteando de manera inicial varias cuestiones prejudiciales al TJUE, por parte de tribunales españoles¹⁵⁶². Así, el Auto del Juzgado de lo Social de Gerona de 21/06/2018, planteaba al TJUE, a través del trámite de cuestión prejudicial, la siguiente cuestión: ¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en la Directiva 76/207/CEE, una Ley nacional (art. 60.1 LGSS) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión,

¹⁵⁵⁹ Es interesante reproducir de forma literal la defensa que, sobre el complemento por maternidad aplicado al hecho biológico, realiza el Auto del Juzgado de lo Social de Gerona de 21/06/2018: “Desde el punto de vista biológico, existe un hecho diferencial innegable, ya que las mujeres tienen en la procreación un sacrificio personal, de salud y laboral mucho mayor que los hombres. Han de afrontar un periodo de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes, con el detrimento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito profesional de sus vidas. Entiendo que desde este punto de vista biológico el complemento de maternidad regulado en el art. 60.1 de la Ley General de Seguridad Social establecería un complemento en favor de las mujeres de forma justificada, ya que ningún hombre se encontraría en una situación equivalente y no es comparable la situación de un trabajador con la de una trabajadora que se enfrenta a las desventajas profesionales que supone la interrupción del trabajo por el embarazo y el nacimiento del hijo. Así, la regulación del art. 60.1 de la Ley General de Seguridad Social estaría justificada como norma destinada a la protección de la mujer por las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad”.

¹⁵⁶⁰ Véase BALLESTER PASTOR, M.A., “El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea”, *Lex Social*, núm. 1, 2016, págs. 72-93. Expone con detalle los argumentos que impiden excluir al complemento por maternidad del mandato de no discriminación por razón de sexo en la seguridad social establecido en la Directiva 79/7/CEE.

¹⁵⁶¹ BALLESTER PASTOR, M.A., “La transposición pendiente...”, *op. cit.*, pág. 216.

¹⁵⁶² Autos del Juzgado de lo Social de Gerona de 21/06/2018 y del TSJ de las Islas Canarias de 07/12/2018. Sobre este último, véase POYATOS MATAS, G., “De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al «complemento por maternidad»”, *CEF Gestión: Revista de actualización empresarial*, núm. 246, 2019, págs. 63-75. Similares argumentos se plantean en el Auto del JS núm. 26 de Barcelona de 28/10/2019, en el que se acuerda elevar al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales: 1ª) ¿Podemos considerar que el complemento de maternidad, es una medida o acción positiva dirigida a lograr la igualdad material entre mujeres y hombres al amparo del art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea?; y 2ª) En caso de respuesta positiva a la anterior cuestión, ¿se opone al principio de proporcionalidad al que debe someterse toda acción positiva la limitación temporal a las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016 dispuesta por la disposición final única LGSS?

por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los hombres en idéntica situación?

En respuesta al Auto del Juzgado de lo Social de Gerona, el TJUE falló en sentencia de fecha de 12/12/2019 *Asunto WA C-450/18*, provocando un cambio sustancial en el ámbito subjetivo del complemento por maternidad¹⁵⁶³ ¹⁵⁶⁴. Así, fue tajante en la descripción del art. 60.1 LGSS: “constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, está prohibida por la Directiva 79/7/CEE”¹⁵⁶⁵. Esta Directiva se opone a esta norma nacional, “que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión”. Por la importancia y trascendencia de su contenido, hemos resumido las consideraciones de mayor importancia, con respecto a nuestro estudio: 1) el art. 60.1 LGSS concedía un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Este trato menos favorable basado en el sexo constituyó una discriminación directa; 2) sobre el objetivo de la norma, la aportación demográfica de las mujeres era tan necesaria como la de los hombres¹⁵⁶⁶; 3) la circunstancia de que las mujeres estaban más afectadas por las desventajas

¹⁵⁶³ A Raíz de esta sentencia, el TSJ de las Islas Canarias, en fecha de 10/01/2020, emitió Auto en el que se especificaba que “a la vista de la similitud entre el asunto C 450/18 resuelto por el TJUE y la cuestión prejudicial planteada por esta Sala mediante Auto de fecha 04/12/2018, se procede a desistir de la cuestión planteada”. Por tanto, tras este fallo del TJUE, el TSJ de las Islas Canarias falló de forma favorable al padre de 4 hijos que, tras el fallecimiento de la madre en 2003, debió cuidar y educar a sus hijos en solitario, lo que le supuso, soportar las mismas desventajas laborales, anudadas a la práctica de cuidar a sus descendientes, que vienen soportando las madres trabajadoras (mayoritariamente) (STSJ de las Islas Canarias de 20/01/2020). A esta última sentencia, se unieron otros fallos judiciales en el mismo sentido: SSTSJ de Murcia de 30/04/2020 y 26/05/2020; SSTSJ de Galicia de 11/05/2020, 26/05/2020, 14/07/2020 y 06/04/2021; STSJ de La Rioja de 31/03/2021; SJS núm. 2 de Pamplona de 18/11/2020; SJS núm. 1 de Teruel de 23/11/2020; SJS núm. 3 de La Coruña de 06/04/2021; y SJS núm. 4 de La Coruña de 12/05/2021.

¹⁵⁶⁴ El JS de Gerona en fecha de 13/03/2020, emitió sentencia en concordancia con la STJUE de 12/12/2019. Sobre la misma, véase comentario en DIARIO LA LEY, “Un pensionista consigue que el INSS le abone el complemento por maternidad que solo se reconocía a las mujeres”, núm. 9.672, Sección Hoy es Noticia, 13 de julio de 2020, Wolters Kluwer.

¹⁵⁶⁵ Para RIVAS VALLEJO, M.P., “La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad. STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18)”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 1, 2020, pág. 10, “esta interpretación formalista lleva a la esperpéntica consideración de entender discriminatoria una medida que pretende compensar a las mujeres españolas de su tradicional exclusión del mercado laboral para asumir las tareas familiares, obviando, asimismo, el contexto histórico al que obedece la norma, que, pese al sustancial cambio social operado por el paso del tiempo y la acción de la democracia post constitucional”.

¹⁵⁶⁶ En opinión de RIVAS VALLEJO, M.P., “La sobreprotección por el TJUE...”, op. cit., pág. 10, “tal reduccionismo no puede sino conducir a una conclusión tan extravagante como considerar que los hombres resultan discriminados por esta norma, porque ellos también han contribuido demográficamente, y porque, eventualmente, también podrían verse perjudicados por su condición de padres”.

profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumían esta tarea, no podía excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asumía el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, hubiera podido sufrir las mismas desventajas en su carrera (STJUE de 29/11/2001 *Asunto Griesmar C-366/99*, apartado 56)¹⁵⁶⁷; 4) la existencia de datos estadísticos que mostraban diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resultaba suficiente para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encontraban en una situación comparable en su condición de progenitores; 5) el art. 60.1 LGSS no contenía ningún elemento que estableciera un vínculo entre la concesión del complemento de pensión y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufría una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto; y 6) el complemento se podía conceder para el caso de una mujer que hubiera adoptado dos hijos, por lo que, el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación del art. 60.1 LGSS a la protección de la condición biológica de las mujeres que hubieran dado a luz.

Se trató de una sentencia que originó un importante “vuelco” en el complemento por maternidad, tal y como estaba configurado en su momento. No se consideraba una medida de acción positiva, porque no supeditaba la concesión del complemento a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a tal motivo. Sin duda, fue una decisión judicial no exenta de comentario y crítica, que no fue compartida por toda la doctrina científica pero que, sin embargo, en su mayoría antes de esta sentencia del TJUE, ya consideraban necesaria una modificación de la norma o una regulación vía Real Decreto, que “arrojara luz” sobre los aspectos más controvertidos del complemento¹⁵⁶⁸. Así, para algunos autores, no sorprendió el fallo a

¹⁵⁶⁷ Sobre al *Asunto Griesmar*, véase BALLESTER PASTOR, M.A., “El comprometido complemento de pensiones...”, op. cit., págs. 89-90. Sobre esta sentencia, destacar que en su apartado 56, se afirmaba que, el hecho de que las trabajadoras estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, las mujeres asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera.

¹⁵⁶⁸ No hay más que repasar los argumentos que se utilizan tanto en RIVAS VALLEJO, M.P., “La sobreprotección por el TJUE...”, op. cit., págs. 1-11 como en TRILLO GARCÍA, A.R., “Demografía y adecuación...”, op. cit., pág. 54 (“parece clara la inexistencia de ningún tipo de violación del principio de igualdad en relación con los hombres, (...) pues en principio no disponemos de elementos, ni siquiera el estadístico, de los que se pudiera inferir un resultado peyorativo a la hora de causar pensiones de la Seguridad Social por ser progenitores masculinos”). Argumentos totalmente opuestos a MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 22, 2020, págs. 13-24. Mismos argumentos emplea AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pág. 331, afirmando que, el complemento “está configurado de tal manera que se concede a las madres por el mero hecho de serlo. El complemento no está destinado a la protección de la maternidad, ni a ayudar a las madres en el desarrollo de su carrera profesional, ni está vinculado al cuidado de los hijos. Más bien se articula como una compensación por el simple hecho de ser madres, lo que parece vulnerar el principio de igualdad por razón de sexo”.

la cuestión prejudicial, puesto que se trataba del resultado de una política de “legislar “a borbotones” y “aluvional”, más preocupada del impacto mediático de la medida elegida que de una nítida y coherente protección a la familia, a la maternidad, a la lucha contra la denominada “brecha de género”, a la natalidad o la denominada compensación aportación demográfica”. Asimismo, de forma rotunda afirmaban que “se ha creado un complemento a una pensión que se otorga a las mujeres simplemente por el hecho de serlas y se niega a los hombres por lo mismo y que ninguna de las razones o justificaciones invocadas por la administración de la Seguridad Social española lo avalan”¹⁵⁶⁹. Llegados a este punto, se tildaba como urgente la suspensión del art. 60 LGSS, en tanto se rediseñaba el nuevo sistema, tarea que era imprescindible debido al impacto sobre el conjunto de las pensiones¹⁵⁷⁰. De hecho, a finales de 2020 había 524 procesos iniciados en los juzgados de lo social, de los que “más de la mitad fueron presentados en el último trimestre, y de los que dichos tribunales ya habían fallado en 40 ocasiones, dando la razón a los demandantes en la mitad de ellos”¹⁵⁷¹.

Profundizando en este hilo argumental, algunos autores, antes de la publicación de la STJUE de 12/12/2019, ya vaticinaban y argumentaban que este complemento tenía escasa justificación y contravenía la normativa de la Unión Europea, constituyendo así una discriminación directa a través de un complemento que era manifiestamente mejorable¹⁵⁷². Asimismo, era muy cuestionable que este complemento estuviera dirigido exclusivamente a las mujeres por su aportación demográfica, habida cuenta de que el principio de igualdad no parece muy compatible con establecer esas diferencias entre progenitores¹⁵⁷³. Por ello, no podía considerarse un complemento por maternidad, puesto que “ni atiende adecuadamente a la compensación de los defectos de cotización por cuidado de hijos, ni sigue instrucción

¹⁵⁶⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Un nuevo desencuentro...”, op. cit., págs. 20-21.

¹⁵⁷⁰ MORENO ROMERO, F., “El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 25, 2020, pág. 158.

¹⁵⁷¹ MORENO ROMERO, F., “La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pág. 706.

¹⁵⁷² Entre otros, nos referimos a BALLESTER PASTOR, M.A., “El comprometido complemento de pensiones...”, op. cit., pág. 93; MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Un nuevo desencuentro...”, op. cit., págs. 20-21; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “El nuevo complemento...”, op. cit., págs. 106-114; y AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el...”, op. cit., pág. 331. MOLINA NAVARRETE, C., “Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 445, 2020, pág. 189, tildó este complemento como la «crónica de una discriminación anunciada», que exigía una reforma global que eliminara las diferencias de protección injustificadas. En el mismo sentido se pronunció RAMOS QUINTANA, M.I., en “El complemento por maternidad en el Sistema...”, op. cit., pág. 124, afirmando que se ha cumplido el mal presagio popular conforme al cual “lo que mal empieza, peor acaba”, poniendo de manifiesto el desacierto en la fórmula jurídica escogida para enarbolar una supuesta “acción positiva” en favor de las mujeres, hecha al margen de la jurisprudencia del TJUE.

¹⁵⁷³ SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo...(2015)”, op. cit., pág. 447.

de la Unión Europea, ni concuerda con la tendencia actual en los países de nuestro entorno. Al contrario, constituye una propuesta que se asienta en presupuestos ya superados y que entra en directa contradicción con lo establecido en la normativa de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE¹⁵⁷⁴. Por el contrario, hubo otro sector doctrinal que –en menor medida– opinaba de forma totalmente opuesta, considerando que esta sentencia eliminaba la acción positiva dirigida en exclusiva a las mujeres, destacando que, aún en la actualidad, no están en igual posición que los varones en el sistema de Seguridad Social, particularmente, por la tenencia y cuidado de sus hijos. No detectaban ningún tipo de violación del principio de igualdad en relación con los hombres, puesto que no se disponía de elementos, de los que se pudiera inferir un resultado peyorativo a la hora de causar pensiones de la Seguridad Social por ser progenitores masculinos. Por lo tanto, consideraban que se trataba de una vuelta al pasado y que suponía pretender una ordenación jurídica uniforme para realidades desiguales, hecho que ya se consideraba superado¹⁵⁷⁵. Algunos autores incluso, planteaban que, a raíz de esta sentencia, el TJUE cuestionaba el progreso jurídico y la metodología de juzgar con perspectiva de género por parte de los tribunales españoles, al preconizar una igualdad más formal entre mujeres y hombres, de modo que podrían quedar deslegitimados los juicios dirigidos a la eliminación de estereotipos de género a favor de la mujer si con ello se les concedía una posición de favor respecto de los hombres¹⁵⁷⁶.

4.4.1.2. El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género

El complemento vigente tiene su origen en el Real Decreto-ley 3/2021, norma que fue convalidada por Resolución de 18 de febrero de 2021, del Congreso de los Diputados¹⁵⁷⁷. Asimismo, tras su convalidación se acordó su tramitación como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia, encontrándose actualmente en la fase de presentación de enmiendas al articulado, siendo competencia de la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones del Congreso de los Diputados¹⁵⁷⁸. De hecho, algunos autores critican el empleo de la figura del Real

¹⁵⁷⁴ BALLESTER PASTOR, M.A., “El comprometido complemento de pensiones...”, op. cit., pág. 93.

¹⁵⁷⁵ RAMOS QUINTANA, M.I., “El complemento por maternidad como acción positiva...”, op. cit., pág. 15 y TRILLO GARCÍA, A.R., “Demografía y adecuación...”, op. cit., pág. 54.

¹⁵⁷⁶ MOLINA NAVARRETE, C., “Brecha de género en pensiones...”, op. cit., págs. 196-197.

¹⁵⁷⁷ Resolución de 18 de febrero de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico («BOE» núm. 47, de 24/02/2021).

¹⁵⁷⁸ El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, presentó una enmienda a la totalidad de texto (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 92, de 25/03/2021, págs. 35 y ss.). Los argumentos esgrimidos en la enmienda se centran, entre otros, en un supuesto “recorte de las pensiones de las madres trabajadoras”, no respetar el “principio de contributividad” y la “tarifa plana en las pensiones”,

Decreto-ley que, en principio está reservado constitucionalmente para medidas de extraordinaria y urgente necesidad, para resolver una situación que se venía arrastrando durante más de un año, sin que ni el poder legislativo ni el ejecutivo, hubieran planteado ninguna iniciativa previa¹⁵⁷⁹.

El legislador califica como defectuosa la configuración legal del complemento por maternidad “en tanto compensación por aportación demográfica”, por lo que, considera oportuno redefinir este complemento para “convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones”¹⁵⁸⁰. Es decir, el legislador cambia de rumbo y justifica la necesidad de este complemento como argumento para reducir la brecha de género en las pensiones, eliminando el controvertido concepto de “aportación demográfica” de las familias como elemento clave para la sostenibilidad futura del sistema. Así, el principal objetivo del actual complemento es diferente al que se estableció en su momento para el complemento por maternidad, que estaba centrado en garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones, a través del aumento de la natalidad –hecho que no se produjo– y en el apoyo a la familia –recordemos el Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017– como ejes estratégicos. El protagonismo actual es para la reducción de la brecha de género, utilizando como pretexto la maternidad y su relación con el ámbito laboral, olvidando otros aspectos que, a nuestro juicio, son igualmente importantes. En cualquier caso, se trata de una finalidad perseguida y acordada por los agentes sociales, “cuyas aportaciones han servido para incorporar importantes mejoras en el diseño y regulación de este instrumento, reforzando así la legitimidad social de la reforma”¹⁵⁸¹.

4.4.2. Descripción y dinámica del complemento

Abordando el contenido del propio complemento, cabe destacar que se trata de incrementar económicamente la cuantía de la pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, para las mujeres u hombres que hayan tenido uno o más hijos. Con este nuevo complemento, el legislador se propone conseguir el objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación por debajo del 5 por ciento, fijando como alcance temporal del mismo, el momento en el que se llegue a este porcentaje¹⁵⁸². Es decir, cuando se alcance este objetivo, el

referido a la cuantía de importe único para todas las pensiones, en lugar del porcentaje como así estaba con el anterior complemento de maternidad. Esta enmienda no fue aprobada. Resultado de la votación: Sí: 92; No: 197; Abstenciones: 60; No votan: 1.

¹⁵⁷⁹ MORENO ROMERO, F., “La anómala situación...”, op. cit., pág. 706.

¹⁵⁸⁰ Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2021.

¹⁵⁸¹ Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2021.

¹⁵⁸² Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2021 y Disposición adicional trigésima séptima LGSS.

Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar el art. 60 LGSS, previa consulta con los interlocutores sociales. Sin embargo, teniendo en cuenta la actual brecha entre las pensiones de los hombres y las mujeres, “es muy previsible que este complemento se mantenga mucho tiempo vigente en nuestro sistema de Seguridad Social”¹⁵⁸³.

A tal efecto, el Gobierno deberá realizar en el marco del Diálogo Social, una evaluación periódica –cada cinco años– de los efectos del vigente complemento. De esta forma, se facilita un ajuste más preciso del instrumento, mejorando su eficacia y su seguridad jurídica, atendiendo el Gobierno a las reivindicaciones sindicales¹⁵⁸⁴. Valoramos de forma positiva esta evaluación cada 5 años, puesto que probablemente sirva para determinar si los 5 primeros años de aplicación del nuevo complemento, han conseguido reducir la brecha de género y en que porcentaje lo ha hecho.

4.4.2.1. Beneficiarios y hecho causante

Se trata de una de las novedades del nuevo complemento, cuyo derecho a su reconocimiento se permite tanto a mujeres como a hombres. Sin embargo, el legislador ha considerado como colectivo prioritario a las mujeres, y únicamente ante determinados supuestos, los hombres podrán acceder al complemento. Y ello, entendemos, en consonancia con el objetivo que se plantea el legislador: reducir la brecha de género en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

A) Las mujeres como beneficiarias prioritarias del complemento

Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tienen derecho a un complemento por cada hijo, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres¹⁵⁸⁵. Es decir, el legislador trata de justificar que, como consecuencia de la maternidad, el importe de las pensiones de estas mujeres es inferior a la de los hombres, por lo que se propone otorgar un complemento para su aumento y así contribuir al objetivo de reducir la brecha de género. En este sentido, la norma establece el reconocimiento del complemento a las mujeres sin más justificación, hecho que no ocurre en el caso de los hombres que, como veremos, deben

¹⁵⁸³ GALA DURÁN, C., “Igualdad de género. El nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Pensiones. Complemento”, *La Administración Práctica*, núm. 5, 2021.

¹⁵⁸⁴ MOLINA NAVARRETE, C., “De la auditoría retributiva...”, *op. cit.*, pág. 153.

¹⁵⁸⁵ El texto legal se refiere a las mujeres que hubieran tenido uno o más “hijos o hijas”. Sin embargo, a efectos de nuestro estudio, nos referimos únicamente al término “hijos” sin intención discriminatoria alguna, sino para la aplicación de la ley lingüística de la economía expresiva, para facilitar la lectura con el menor esfuerzo posible.

justificar haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción. Entendemos que la presunción de perjuicio de la carrera profesional de las mujeres se fundamenta en “la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres” (art. 60.1 LGSS). Por tanto, “es preferente su reconocimiento en favor de la mujer, bastando que sea pensionista –contributiva– de incapacidad permanente, jubilación o viudedad y que tenga al menos un hijo. Las limitaciones derivadas de la brecha de género se presumen, sin más”¹⁵⁸⁶.

Una de las novedades de este complemento radica en el número de sujetos causantes para el acceso al mismo. Así, a partir del primer hijo, el legislador permite el reconocimiento del derecho al complemento económico. Con el derogado complemento, se alcanzaba el derecho con un mínimo de dos hijos. Sin un análisis en profundidad, podemos afirmar que se trata de una mejora con respecto al marco normativo anterior. De hecho, durante la tramitación parlamentaria del extinguido complemento por maternidad ya se planteó una enmienda en este sentido¹⁵⁸⁷. Esta enmienda planteaba, entre otros asuntos, incluir en su ámbito de aplicación a las madres de un único hijo como beneficiarias de este complemento¹⁵⁸⁸. Igualmente, proponía sustituir los porcentajes por un importe fijo, que variaba en función del número de hijos (1 hijo: 30 euros; 2 hijos: 60 euros; 3 hijos: 90 euros; y 4 hijos o más: 120 euros). De esta forma, el complemento tendría unos importes fijos con independencia de cuál fuera la cuantía de la pensión inicial. En la argumentación, se defendía que la respuesta debía ser igual para todas las madres, no siendo válido el argumento de que, a mayor importe de la pensión, mayor debía ser el complemento, puesto que, “parecería, (...), que a efectos de la aportación demográfica a la Seguridad Social unos hijos tienen más valor que otros”. Sin embargo, uno de los objetivos de esta medida era valorar la dimensión de género en materia de pensiones, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres. Argumentos que no fueron recogidos por la norma de entonces, pero que sí estaban en el origen del complemento, por el que se trataría de incrementar la pensión de las madres trabajadoras por la previa reducción que deriva de las dificultades de compatibilizar la vida laboral con la familiar. “La pérdida de

¹⁵⁸⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ INIESTA, G. "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 de febrero)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 27, 2021, pág. 13.

¹⁵⁸⁷ Enmienda núm. 1.793 del Grupo Parlamentario Socialista («BOCG. Senado», núm. 606, de 1 de octubre de 2015, págs. 1279-1283).

¹⁵⁸⁸ Para AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el...”, *op. cit.*, pág. 332, “el complemento (...) discrimina a las mujeres que han tenido un solo hijo. Si la justificación de la medida la encontramos, además de en la aportación demográfica a la Seguridad Social, en la diferencia salarial entre hombres y mujeres, nada justifica el hecho de que las mujeres con un solo hijo queden excluidas del complemento pues dicha diferencia no depende en la práctica del número de hijos”.

oportunidades de promoción profesional y económica repercute en el salario, y con ello en la cotización y en las prestaciones, de modo que el complemento por maternidad vendría a compensar esa diferencia”¹⁵⁸⁹. Esta enmienda fue rechazada. El legislador parece haber “recuperado” esta propuesta, incluyéndola como parte del marco normativo vigente.

El derecho al complemento por cada hijo se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor, salvo que también sea mujer, en cuyo caso, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

B) El hombre como segundo progenitor: la necesaria justificación del perjuicio. Requisitos adicionales para el reconocimiento del complemento

Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

- 1. Causar pensión de viudedad:** por fallecimiento del otro progenitor por los hijos en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad, es decir que tengan, al menos, 21 o 25 años, según que tenga o no ingresos inferiores a la cuantía del salario mínimo. Se trata de un requisito de difícil justificación, puesto que lo relevante debería ser el acreditar un perjuicio en su carrera de cotización, similar a los casos de jubilación o incapacidad permanente. Se prevé que surjan conflictos de aplicación en esta restricción de acceso a los hombres para el complemento¹⁵⁹⁰.
- 2. Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente:** y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:
 - **Condición 1ª:** en el supuesto de hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento y los 3 años posteriores a dicha fecha (no es necesario un periodo de interrupción con posterioridad al alta para entender que la carrera profesional del interesado se ha visto afectada por el nacimiento) o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los 3 años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer. Esta condición podrá entenderse cumplida siempre y cuando se alcancen los días sin cotización

¹⁵⁸⁹ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos (I)”, Trabajo y derecho, núm. 16, 2016, págs. 106-114.

¹⁵⁹⁰ MOLINA NAVARRETE, C., “De la auditoría retributiva...”, op. cit., pág. 150.

requeridos dentro del periodo establecido, resultando indiferente la forma (en un mismo periodo ininterrumpido o en periodos sucesivos) en que se produzca ese vacío de cotización¹⁵⁹¹. Este período de 120 días sin cotización, debe exigirse por cada uno de los hijos nacidos o adoptados, puesto que por cada uno de ellos puede reconocerse un complemento. Se exceptúan los periodos de parto, adopción o acogimiento múltiple, en los que el mismo vacío de cotización computará a efectos de considerar cumplido este requisito para beneficiarse del complemento correspondiente a cada uno de los hijos. Asimismo, nada impediría que, de tenerse más de 120 días sin cotización por un hijo y cumplirse los demás requisitos, pueda reconocerse un complemento por uno solo de los hijos, denegándose el complemento correspondiente a otro hijo, si por este último no se reúnen los requisitos necesarios¹⁵⁹².

- **Condición 2ª:** en el supuesto de hijos nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los 24 meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los 24 meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.
- **Condición 3ª:** si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.
- **Condición 4ª:** el requisito para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma.

El reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes. Antes de dictar la resolución reconociendo el

¹⁵⁹¹ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Criterio de gestión núm. 11/2021. Materia: Complemento para la reducción de la brecha de género”, 4 de mayo de 2021. Enlace: <https://bit.ly/3xzMmro>.

¹⁵⁹² SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Criterio de gestión núm. 11/2021. Materia: Complemento para la reducción de la brecha de género”, 4 de mayo de 2021. Enlace: <https://bit.ly/3xzMmro>.

derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento. En su caso, “el derecho al complemento por maternidad percibido por la madre que, en razón del derecho del otro progenitor al complemento para la reducción de la brecha de género, se haya extinguido o haya visto disminuida su cuantía, no podrá reactivarse por el fallecimiento del otro progenitor, ya que el derecho al complemento se determina en el momento en que se produce el derecho a la pensión contributiva, momento en el que se verifica el cumplimiento de los requisitos necesarios”¹⁵⁹³.

En conclusión, si el padre logra acreditar un mayor perjuicio, en base al cumplimiento de las cuatro condiciones enumeradas, será el titular del complemento, puesto que solo puede cobrarlo una de los progenitores. Es decir, no es exclusivo de las madres, aunque se estima que 8 de cada 10 complementos tendrán una mujer como titular¹⁵⁹⁴. Si ninguno de los dos ha visto, en principio, dañada su vida laboral, por defecto, se abonará a la madre. Esta exigencia de requisitos específicos para el padre con relación a la innecesaria tarea probatoria con respecto a las madres, es probable que den lugar a un futuro debate judicial¹⁵⁹⁵.

4.4.2.2. Cuantía del complemento y reglas para su percepción

Este complemento tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, lo que conlleva que su revalorización anual se producirá de forma automática en los mismos términos en lo que lo hagan las pensiones contributivas.

El importe por cada hijo se fijará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. La cuantía a percibir estará limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por cada hijo y será incrementada al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para las pensiones contributivas¹⁵⁹⁶. El complemento lo percibirá la persona beneficiaria, siempre que perciba una de las pensiones previstas en la norma.

La percepción del complemento estará sujeta además a las siguientes reglas:

- 1. Un complemento por hijo:** cada hijo dará derecho al reconocimiento de un único complemento. A efectos de determinar el derecho al complemento, así

¹⁵⁹³ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Criterio de gestión núm. 11/2021. Materia: Complemento para la reducción de la brecha de género”, 4 de mayo de 2021. Enlace: <https://bit.ly/3xzMmro>.

¹⁵⁹⁴ MOLINA NAVARRETE, C., “De la auditoría retributiva...”, op. cit., pág. 149

¹⁵⁹⁵ GALA DURÁN, C., “Igualdad de género...”, op. cit.

¹⁵⁹⁶ La financiación del complemento se realizará mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social (Disposición adicional trigésima sexta del Real Decreto-ley 3/2021: Financiación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género). Se estima que supondrá un coste de 700 millones de euros anuales (MOLINA NAVARRETE, C., “De la auditoría retributiva...”, op. cit., pág. 152).

como su cuantía, únicamente se computarán los hijos que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados.

2. **Patria potestad:** no se reconocerá el derecho al complemento al padre o a la madre que haya sido privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.
3. **Violencia en el hogar:** no se reconocerá el derecho al complemento al padre que haya sido condenado por violencia contra la mujer, en los términos que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, ni al padre o a la madre que haya sido condenado o condenada por ejercer violencia contra los hijos o hijas.
4. **Número de pagas:** el complemento será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho al mismo.
5. **Límites máximos:** el importe del complemento no será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones previsto en los arts. 57 y 58.7 LGSS. Se trata de una novedad del vigente complemento. En la legislación anterior, el complemento por maternidad se reconocía por el 50% de su cuantía cuando excedía la cuantía de pensión máxima, mientras que en el nuevo complemento se reconoce por su importe completo también en estos casos y no se computa tampoco, en estos casos, a los efectos del importe de la revalorización anual regulados en el art. 58.7 y 60.3 d LGSS.
6. **Complemento por mínimos:** al igual que sucedía en el caso del complemento por maternidad, el importe del complemento no tendrá la consideración de ingreso o rendimiento de trabajo en orden a determinar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos previsto en el art. 59 LGSS. Cuando concurren dichos requisitos, se reconocerá la cuantía mínima de pensión según establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. A este importe se sumará el complemento para la reducción de la brecha de género. En estos supuestos, la norma determina que, si se cumplen los requisitos para el acceso al complemento, procederá su reconocimiento y adición, con independencia del complemento por mínimos. Para el cálculo, se tomará la cuantía de la pensión mínima, sin el complemento por mínimos.
7. **Prorrata temporis:** al igual que ocurría con el complemento por maternidad, cuando la pensión contributiva que determina el derecho al complemento se cause por totalización de períodos de seguro a *prorrata temporis* en aplicación de normativa internacional, el importe real del complemento será el resultado de aplicar a la cuantía a la que se refiere el apartado anterior, que será considerada

importe teórico, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña. Podría tener un “efecto perjudicial para las mujeres extranjeras en España y no parece coherente con su fijación ahora a través de una cuantía fija, si bien será poco probable que en su país de origen cuente con un complemento análogo”¹⁵⁹⁷.

Sin duda, uno de los aspectos del vigente complemento que está originando interesantes debates en torno a su diseño, tiene su origen en el importe económico del complemento, configurado como una cuantía fijada anualmente. Así, para el año 2021 el importe del complemento es de 27 euros mensuales por hijo, lo que equivale a un complemento de 378 euros anuales por cada hijo a partir del primero, hasta un máximo de cuatro¹⁵⁹⁸. El complemento abandona el criterio del porcentaje que se aplicaba a la cuantía inicial de las pensiones reconocidas y que estaba determinado en función del número de hijos según una escala concreta a partir del segundo descendiente. Es decir, actualmente con independencia del número de hijos y del importe de la pensión inicial, la cuantía a percibir será fija por hijo.

Con relación al importe, con un simple cálculo de las diferentes situaciones que pueden concurrir, concluimos lo siguiente: 1) los beneficiarios con 1 hijo siempre resultarán favorecidos con respecto al complemento por maternidad, puesto que no estaban incluidos en el texto derogado; 2) para los beneficiarios con dos o más hijos, el nuevo sistema de cálculo les será más favorable cuanto menor sea el importe de la pensión inicial. A menor pensión, mayor es el importe del complemento con el nuevo sistema en comparación con el complemento derogado. Se estima que, para el supuesto de 2 hijos, el límite se fija en 1.080,00 €; a partir de este importe mensual, el nuevo sistema de cálculo sería perjudicial con respecto a la escala de porcentajes del derogado complemento. En el supuesto de 3 hijos, a partir de 810,00 € y para los casos de 4 hijos en adelante, 720,00 € mensuales fijan el límite. Por tanto, existe una relación inversamente proporcional entre el importe de la pensión y el número de hijos con respecto a la cuantía del complemento: a mayor importe de la pensión y número de descendientes, menor es el complemento de la pensión (véase TABLA 4.5). Sin duda, es una medida que favorece los intereses de los beneficiarios que declaren tener un único hijo y cuyo importe de pensión es más reducido. Por lo que se trata de un aspecto a valorar de forma positiva. Sin embargo, el otro punto de vista que no debemos olvidar es el de los beneficiarios con más de un hijo y pensiones más elevadas, que verán incrementada su pensión en menor cuantía (en términos porcentuales) con respecto al resto de beneficiarios. Con esta medida, el legislador confirma el abandono del objetivo del incremento de la natalidad, del apoyo a las familias y del principio de la

¹⁵⁹⁷ MOLINA NAVARRETE, C., “De la auditoría retributiva...”, op. cit., pág. 152.

¹⁵⁹⁸ Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 3/2021: Determinación y aplicación del importe mensual del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género previsto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre y en la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

contributividad al sistema de pensiones público, utilizando para ello el pretexto de la reducción de la brecha de género.

En la siguiente tabla se puede apreciar la diferencia de la pensión mensual entre el anterior complemento de maternidad por aportación demográfica y el actual complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, tomando como referencia diferentes ejemplos de pensiones mensuales con relación al número de hijos.

TABLA 4.5. Comparativa económica entre el complemento por maternidad (CM) y el complemento para la reducción de la brecha de género (CBG). Cuantías en euros.

COMPARATIVA ECONÓMICA ENTRE EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD Y EL COMPLEMENTO PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO								
Pensión mensual	1 hijo		2 hijos		3 hijos		4 o más hijos	
	CM	CBG	CM	CBG	CM	CBG	CM	CBG
500	0	27	25	54	50	81	75	108
700	0	27	35	54	70	81	105	108
1.100	0	27	55	54	110	81	165	108
1.500	0	27	75	54	150	81	225	108
2.000	0	27	100	54	200	81	300	108
2.500	0	27	125	54	250	81	375	108

4.4.2.3. Nacimiento, extinción y suspensión

El nacimiento, suspensión y extinción del complemento, coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. No obstante, cuando en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas por la norma, el abono del complemento se mantendrá quedando vinculado al de esta última. Por tanto, procedería abonar el complemento en proporción al pago inicial de la pensión de que se trate, cesando desde dicho momento el pago del complemento por maternidad que se venía percibiendo¹⁵⁹⁹. En cualquier caso, inicialmente se reconocerá el complemento a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2021.

¹⁵⁹⁹ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Criterio de gestión núm. 11/2021. Materia: Complemento para la reducción de la brecha de género”, 4 de mayo de 2021. Enlace: <https://bit.ly/3xzMmro>.

4.4.3. Supuestos problemáticos

A) Cuando los dos progenitores son hombres

Si los dos progenitores son hombres y ambos cumplen las condiciones 1ª y 2ª por las que se evidencia que han interrumpido o visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

B) El acceso al complemento en los casos de jubilación parcial y jubilación anticipada

No se tendrá derecho a este complemento en los casos de jubilación parcial a los que se refiere el art. 215 LGSS y el apartado sexto de la disposición transitoria cuarta LGSS. No obstante, se reconocerá el complemento que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda. Misma situación ocurría para el complemento por maternidad.

En este sentido, la norma no impide compatibilizar el complemento con la jubilación flexible (art. 213.1 LGSS y RD 1132/2002), la realización de trabajos por cuenta propia con rendimientos inferiores al SMI en cómputo anual (art. 213.4 LGSS) y la realización de trabajos de acuerdo a los términos sobre envejecimiento activo previsto en el art. 214 LGSS¹⁶⁰⁰.

Caso distinto es el supuesto de la jubilación anticipada voluntaria, desde la que sí se podrá acceder al derecho, siendo una de las novedades del complemento vigente. La norma derogada no permitía estos supuestos, salvo que la jubilación anticipada fuera por causa no imputable a la trabajadora¹⁶⁰¹. Con esta medida, el legislador trataba de desincentivar el retiro prematuro y penalizar la jubilación anticipada a voluntad de la trabajadora, puesto que, estaría siendo más insolidaria al contribuir menos y disfrutar de la pensión más tiempo sin una razón que a juicio del legislador resulte

¹⁶⁰⁰ La norma no cita nada al respecto, pero así se entiende por la doctrina científica. Por todos, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., "El nuevo complemento...", op. cit., págs. 106-114; y VIVERO SERRANO, J.B., "La protección complementaria...", op. cit., pág. 74.

¹⁶⁰¹ En referencia a esta modalidad de jubilación, es preciso citar el Auto de 28/05/2018 del JS núm. 1 de Barcelona, que acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 60.4 con relación al art. 60.1, por entender que podría resultar contrario al principio de igualdad ante la ley reconocido en el art. 14 CE. Se trataba de un supuesto en el que, una mujer que solicitó el reconocimiento del complemento por maternidad a su pensión de jubilación, le fue denegado debido a la consideración de que la modalidad de jubilación a la que accedió fue la anticipada voluntaria prevista en el art. 208 LGSS, causando baja en la empresa por finalización de contrato y no por ninguno de los motivos previstos en el art. 207 LGSS. En respuesta al JS, el TC dictó Auto de 16/10/2018 («BOE» núm. 280, de 20/11/2018), en el que se determinó que "no resulta arbitrario ni irracional excluir del complemento de referencia a aquellas madres que, al acceder voluntariamente a la jubilación anticipada, acogidos a la posibilidad que les brinda el art. 208 LGSS, opten por acortar su «carrera de seguro», es decir, su período de cotización", y ello teniendo en cuenta que "el objetivo del complemento de maternidad es compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores".

convinciente¹⁶⁰². Aquellas trabajadoras que acortaban voluntariamente su periodo activo no podían percibir el complemento porque habían disminuido su carrera profesional de forma consciente¹⁶⁰³.

En este sentido, la STSJ de Cataluña de 17/02/2021, reconoce de forma retroactiva, el complemento de maternidad en un caso de jubilación anticipada. Así, el nuevo marco normativo, “resulta de plena aplicación no ya por aplicación del principio de retroactividad de norma favorable”, sino también en pro del “principio de igualdad y no discriminación que ampara su reforma”¹⁶⁰⁴. Sobre este debate concreto, varios tribunales han planteado diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, referidas a la conformidad del artículo 60.4 de la LGSS con el Derecho Comunitario¹⁶⁰⁵. Así, el Auto del JS núm. 3 de Barcelona de 04/03/2020, plantea la siguiente cuestión prejudicial al TJUE: “¿Se puede considerar una discriminación directa en el sentido de la Directiva 79/7/CEE una norma como el artículo 60.4 LGSS, que excluye del complemento por maternidad a las mujeres que se jubilan voluntariamente, frente a las que se jubilan también voluntariamente en la edad ordinaria prevista, o lo hacen anticipadamente, pero por razón de la actividad laboral desempeñada a lo largo de su vida profesional, por causa de discapacidad, o por haber cesado en el trabajo antes de acceder a la jubilación por causa no imputable a ellas mismas?”. La STJUE de 12/05/2021 *Asunto YJ C-130/20*, trata de dar respuesta a esta cuestión, declarando que no se produce una discriminación por razón de sexo cuando se excluye del complemento por maternidad a la trabajadora en el caso de que la jubilación sea anticipada y voluntaria. Así, determina que la Directiva 79/7/CEE no es de aplicación a una normativa nacional que establece un complemento de pensión por maternidad en favor de las mujeres que hayan tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptados, y lo hace en los casos de jubilación en la edad ordinaria prevista o de jubilación anticipada por determinados motivos establecidos por ley, pero no en los casos de jubilación anticipada por voluntad de la interesada¹⁶⁰⁶. Es decir, el TJUE ampara el marco normativo que

¹⁶⁰² RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “El nuevo complemento...”, op. cit., págs. 106-114.

¹⁶⁰³ STSJ de Madrid de 12/12/2019, tomando como referencia el Auto del TC de 16/10/2018. Sobre esta sentencia, véase comentario en DIARIO LA LEY, “Un pensionista consigue que el INSS le abone el complemento por maternidad que solo se reconocía a las mujeres”, núm. 9.672, Sección Hoy es Noticia, 13 de julio de 2020, Wolters Kluwer.

¹⁶⁰⁴ Sobre esta sentencia, véase DIARIO LA LEY, “Con la nueva normativa, el complemento de maternidad de las pensiones se podrá cobrar en la jubilación anticipada de forma retroactiva”, núm. 9.843, Sección Jurisprudencia, 5 de mayo de 2021, Wolters Kluwer.

¹⁶⁰⁵ Auto del JS núm. 3 de Barcelona de 04/03/2020 y Auto del JS núm. 1 de Barcelona de 08/06/2020.

¹⁶⁰⁶ Sobre esta sentencia, véase BALLESTER PASTOR, I., “El complemento de pensión por jubilación para mujeres con más de dos hijos -por su aportación demográfica a la Seguridad Social- no se abona a perceptoras de pensión de jubilación anticipada por voluntad propia. El art. 60.4^º LGSS no supone una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 5, 2021. Véase igualmente DIARIO LA LEY, “El TJUE no considera discriminación por razón de sexo la exclusión del complemento por maternidad cuando la jubilación es voluntaria”, núm. 9.858, Sección La Sentencia del Día, 26 de mayo de 2021, Wolters Kluwer.

impedía el acceso al complemento a las trabajadoras jubiladas anticipadamente de manera voluntaria.

C) Incompatibilidades

Los complementos que pudieran ser reconocidos en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social serán incompatibles entre sí, siendo abonado en el régimen en el que el causante de la pensión tenga más periodos de alta.

En cualquier caso, la percepción del complemento por maternidad será incompatible con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro. La Entidad gestora puede reconocer el más beneficioso (sin que sea necesario que los interesados se manifiesten expresamente por un complemento u otro con carácter previo a su reconocimiento), sin perjuicio de la facultad del interesado de poder optar expresamente por el otro si así lo desea¹⁶⁰⁷.

D) Complemento para la reducción de la brecha de género y pensión de viudedad

El sistema de cálculo de la pensión de viudedad comporta la aplicación de porcentajes a la base reguladora del causante y, por tanto, una disminución de los ingresos familiares por la muerte del cónyuge. Por lo que, el complemento tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos en la unidad familiar producida tras la muerte del sujeto causante¹⁶⁰⁸. En aquellos casos en los que un mismo causante de lugar a varias pensiones de viudedad, el límite de la cuantía del complemento (cuatro veces el importe mensual fijado por hijo), se aplicará a cada beneficiario de la pensión de viudedad teniendo en cuenta exclusivamente el número de hijos que éste tenga, con independencia del número de hijos de otros beneficiarios de la pensión de viudedad¹⁶⁰⁹.

Planteamos el debate de la inclusión de la pensión de viudedad como uno de los supuestos para el reconocimiento del derecho al complemento. Al igual que sucedía con el complemento por maternidad, hay autores que no encuentran justificación para que “el complemento también se reconozca al beneficiario de una pensión de viudedad, aquí las razones que pudieran entenderse como aceptables para las

¹⁶⁰⁷ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Criterio de gestión núm. 11/2021. Materia: Complemento para la reducción de la brecha de género”, 4 de mayo de 2021. Enlace: <https://bit.ly/3xzMmro>.

¹⁶⁰⁸ RAMOS QUINTANA, M.I., “El complemento por maternidad como acción positiva...”, op. cit., pág. 13.

¹⁶⁰⁹ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Criterio de gestión núm. 12/2021. Materia: Complemento para la reducción de la brecha de género. Pensión de viudedad”, 14 de mayo de 2021. Enlace: <https://bit.ly/3vKa5nO>.

pensiones de jubilación e incapacidad permanente no tienen mucho encaje a tenor del riesgo social protegido en la pensión de viudedad”¹⁶¹⁰. Asimismo, los datos ponen de manifiesto que no existe brecha de género con respecto a las pensiones de viudedad, cuyo diferencial es superior en favor de las mujeres viudas, con respecto a los hombres beneficiarios de esta pensión.

E) Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad

Aquellas mujeres que en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2021 estuvieran percibiendo el extinguido complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo, que será incompatible con el vigente complemento.

En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos que dio derecho al complemento por maternidad, solicite el complemento vigente y le correspondiera percibirlo, “la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta”¹⁶¹¹. Así, en “el caso de que el otro progenitor tenga hijos en común con dos madres beneficiarias del complemento por maternidad, y se compruebe que cumple los requisitos para acceder al complemento para la reducción de la brecha de género por los hijos comunes a ambas beneficiarias del complemento de maternidad, la cuantía máxima que podrá alcanzar el nuevo complemento (...) deberá repartirse proporcionalmente entre el número de hijos comunes con cada una de las madres y dicha cuantía se deducirá de los complementos por maternidad que aquéllas venían percibiendo”¹⁶¹².

En cualquier caso, sobre el impacto del nuevo régimen jurídico en aquellos pensionistas que ya venían cobrando el anterior complemento por maternidad, aún hay aspectos que deben concluirse. A pesar de ello, la consolidada jurisprudencia del TS permitirá consolidar los derechos al complemento ya reconocidos¹⁶¹³.

¹⁶¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ INIESTA, G. "Nuevas medidas de Seguridad Social...", op. cit., pág. 14.

¹⁶¹¹ Disposición transitoria trigésima tercera LGSS: Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

¹⁶¹² SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Criterio de gestión núm. 11/2021. Materia: Complemento para la reducción de la brecha de género”, 4 de mayo de 2021. Enlace: <https://bit.ly/3xzMmro>.

¹⁶¹³ RAMOS QUINTANA, M.I., “Reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas: la reconstrucción de una frustrada acción positiva en el extinto complemento por maternidad”, Trabajo y Derecho, núm. 77, 2021.

F) Supuestos en los que el nacido no llega a adquirir personalidad civil

Recordemos que el bien jurídico protegido por el complemento no es el hecho del parto en sí mismo, sino la necesidad de paliar las consecuencias negativas que las mujeres experimentan en su vida laboral, como consecuencia de tener hijos biológicos o adoptados. Por ello, el Criterio de gestión núm. 1/2021 de fecha 04/05/2021, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, en materia de “complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, establece que, a efectos del reconocimiento de dicho complemento es necesario que el hijo nacido haya adquirido personalidad civil de conformidad con lo establecido en el art. 30 del Código Civil. Es decir, que el hijo nazca con vida y que se produzca el entero desprendimiento del seno materno^{1614 1615}.

Sobre el hecho de que el hijo “hubiera nacido con vida”, los tribunales de justicia ya plantearon diferentes soluciones para supuestos concretos del complemento por maternidad, argumentos igualmente válidos para el complemento vigente. Así, nos encontramos dos posturas contrarias entre sí: 1) aquellas interpretaciones de los tribunales en las que se determinan que, sólo pueden ser contabilizados los hijos nacidos vivos, siendo éste el elemento esencial, descartándose por tanto los abortos o nacimientos con resultado de feto fallecido. Asimismo, adoptan el criterio de la inscripción en el Registro Civil o en el Libro de Familia, como elementos probatorios. En estos supuestos, no se tiene en cuenta la perspectiva de la maternidad, sino que se recurre a la finalidad de la norma: compensar la aportación demográfica a la Seguridad Social de las interesadas, por lo que, de ningún modo podría cifrarse en el cómputo de los fetos abortados, los cuales no constituirían individuos hipotéticamente integrables en un futuro sistema de la Seguridad Social. En estas situaciones, el complemento no puede ser reconocido^{1616 1617}; y 2) aquellas resoluciones judiciales que utilizan el

¹⁶¹⁴ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Criterio de gestión núm. 11/2021. Materia: Complemento para la reducción de la brecha de género”, 4 de mayo de 2021. Enlace: <https://bit.ly/3xzMmro>.

¹⁶¹⁵ Con relación al desaparecido complemento por maternidad, el art. 30 del Código Civil, antes de su reforma en 2011 citaba textualmente: “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. Sin embargo, el texto vigente no contempla el requisito de las 24 horas, elemento clave para causar derecho al complemento. Así, los tribunales entienden que se debe tener en cuenta el texto vigente en el momento de solicitar el complemento y conceder el derecho al mismo, aun cuando el hijo no haya vivido más de 24 horas desprendido del seno materno. Asimismo, ofrecen una argumentación añadida: aun cuando se admitiera que debería aplicarse el requisito temporal, el hecho de haber dado a luz un ser que no alcanza personalidad por considerarse como “criatura abortiva” supuso para la madre una limitación en el acceso y mantenimiento del empleo equivalente a la provocada por un parto exitoso ya que igualmente estuvo embarazada, parió y precisó descanso recuperatorio. Por lo que, en ese caso igualmente debe tener acceso al complemento citado (STSJ de Madrid de 24/09/2018 y STSJ de Aragón de 20/03/2019).

¹⁶¹⁶ SJS de Pamplona de 21/01/2019 (Confirmada por la STSJ de Navarra de 04/04/2019), STSJ de Madrid, de 10/04/2019 y STSJ de las Islas Canarias de 11/09/2019. Sobre la STSJ de las Islas Canarias véanse los comentarios de RAMOS QUINTANA, M.I., “El complemento por maternidad como acción positiva...”, op. cit., pág. 11; POYATOS MATAS, G., “Juzgando con perspectiva de género el complemento de maternidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 904/2019, de 11 de septiembre”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 442, 2020, págs. 141-148; y DIARIO LA LEY, “Complemento por maternidad a efectos de jubilación: No se contabiliza como “hijo nacido” el feto alumbrado muerto. STSJ

argumento de la analogía a la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Así, si a efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, el fallecimiento del hijo con al menos 6 meses de gestación (180 días) dispone de protección efectiva, debe aplicarse analógicamente la misma protección a efectos del complemento porque “evidencia el tiempo dedicado por la madre, primero a gestar a su hijo y posteriormente a recuperarse y pone de relieve la interrupción forzosa de la madre trabajadora de su carrera profesional y por ende, la pérdida de oportunidades laborales, derivadas del proceso biológico de la gestación”¹⁶¹⁸. Así, si lo que se pretende es compensar una situación de discriminación que las mujeres han sufrido por ser trabajadoras y madres de más de un hijo, se debe tener en cuenta desde el embarazo, momento en el que ya comienza la situación de discriminación, con independencia de si llegaba a buen término. Por ello, si al objeto de superar la brecha de género en las pensiones, se ha tomado en consideración el nacimiento de un hijo para generar el complemento, esa expresión se debe entender en el sentido amplio de incluir todo desprendimiento del seno materno transcurridos los 180 días de gestación¹⁶¹⁹.

G) Pensiones no contributivas

Uno de los aspectos más controvertidos del vigente complemento se halla en el origen de la pensión del sistema de la Seguridad Social. Así, la norma únicamente hace

Canarias, Sala de lo Social, Sentencia 11 septiembre 2019”, Diario La Ley núm. 9.549, Sección Jurisprudencia, 9 de enero de 2020, Wolters Kluwer.

¹⁶¹⁷ Sobre estas interpretaciones de los tribunales, RAMOS QUINTANA, M.I., “El complemento por maternidad como acción positiva...”, op. cit., pág. 13, es muy crítica, llegando a afirmar que “exigir a la mujer la obligación de tener hijos «vivos» y que sus embarazos, de forma completamente involuntaria, lleguen a buen término, supone un tratamiento degradante e indigno por atentar no solo al principio de igualdad y no discriminación recogido en el art. 14 CE, sino una violación del derecho a la integridad física, así como a la integridad moral de las personas (art. 15.1 CE)”. Igualmente, POYATOS MATAS, G., “Juzgando con perspectiva de género el complemento...”, op. cit., págs. 147-148, es muy crítica con este tipo de pronunciamientos judiciales, puesto que afirma que, negar el complemento a los casos en los que no se ha producido el nacimiento “supone interpretar el concepto «aportación demográfica» de forma amputada, pues no puede haber aportación demográfica biológica sin previo proceso de gestación, con las consecuencias laborales negativas que ello tiene para las mujeres en casos como el presente. Por tanto, tal exclusión supone cosificar a las mujeres y protegerlas condicionalmente solo cuando «produzcan» hijos/as con vida, difuminándose a condición de un «resultado útil» la verdadera finalidad del complemento”. El concepto de «aportación demográfica», no puede desvincularse del proceso previo de gestación, “que es inescindible de la maternidad biológica y uno de los puntales que sostienen las discriminaciones laborales que sufren las mujeres en un mercado de trabajo globalizado que equipara el buen aprovechamiento del tiempo con un concepto de «productividad» forjado sin perspectiva de género”. Por último, afirma que “juzgar con perspectiva de género no es una opción, sino una obligación normativa interna e internacional”.

¹⁶¹⁸ Voto particular emitido por la Magistrada D^a GLORIA POYATOS MATAS, en la STSJ de las Islas Canarias de 11/09/2019, en la que se justificaba que “hacer real el principio de igualdad no permite neutralidad, hay que adoptar un enfoque constitucional, removiendo los obstáculos que lo dificulten, e integrando la perspectiva de género, como criterio de referencia, de acuerdo con la Doctrina constitucional”.

¹⁶¹⁹ STSJ de Galicia de 07/12/2018 (Ponente: Illmo. Sr. D José Fernando Lousada Arochena). Argumento compartido y defendido por RAMOS QUINTANA, M.I., “El complemento por maternidad como acción positiva...”, op. cit., pág. 13 y RAMOS QUINTANA M.I., “El complemento por maternidad en el Sistema...”, op. cit., pág. 137.

referencia a las pensiones contributivas, dejando sin cobertura aquellas que tienen un origen diferente. Sin embargo, si el objetivo del complemento es reducir la brecha de género en las pensiones, nos preguntamos: *¿por qué excluir a las madres con pensiones no contributivas?* Probablemente el legislador no ha incluido estas pensiones por dos motivos: 1) el coste económico de la medida sería mucho mayor que el previsto inicialmente; y 2) entendemos que pretendía premiar el esfuerzo de cotización de las mujeres trabajadoras que han sido madres, aunque no se ha justificado así en la norma. El esfuerzo de la crianza de los hijos, compatibilizándolo con su vida laboral, es mucho mayor que el que realizan aquellas madres no trabajadoras, por lo que vemos “cierta lógica jurídica” en valorar de forma positiva a estas madres frente a aquellas que no han aportado cotización al sistema. Sin embargo, no podemos olvidar que esta medida excluye a un importante número de mujeres con especiales necesidades económicas: mujeres que perciben pensiones no contributivas, las más bajas del sistema y a las que, por tanto, se debería prestar especial atención para corregir estas diferencias con respecto a las pensiones contributivas. Asimismo, es el colectivo con mayor escasez de recursos y con una mayor probabilidad de situarse en riesgo de exclusión social y de pobreza¹⁶²⁰.

Recordemos que el propio Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, ha definido el perfil del pensionista no contributivo de la siguiente manera: “mujer española casada (...), que vive integrada en una unidad económica formada por dos y tres personas”. Así, el 64,61% de los pensionistas no contributivos son mujeres (287.847), demostrándose su claro predominio frente a los hombres¹⁶²¹. En nuestra opinión, sin abordar la problemática de las pensiones no contributivas, el legislador podrá alcanzar el objetivo inicial de reducir la brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación por debajo del 5 por ciento. Sin embargo, entendemos que no será un indicador que refleje la realidad social de las mujeres pensionistas, puesto que se olvida a las mujeres con las pensiones más bajas, las no contributivas.

No se trata de un problema actual, puesto que el desaparecido complemento por maternidad tampoco incluía a las pensiones no contributivas. De hecho, durante la tramitación parlamentaria de ese complemento, en la fase de enmiendas del Senado, se presentó una propuesta para ampliar el ámbito de aplicación a las mujeres que estuvieran percibiendo una pensión no contributiva¹⁶²². La principal motivación giraba en torno al propósito principal de este complemento, o al menos el que recogía el

¹⁶²⁰ FERNÁNDEZ NIETO, L.A., “Una nueva medida contra la discriminación: el complemento para reducir la brecha de género en las pensiones contributivas”, *Diario La Ley*, núm. 9.846, Sección Dossier, 10 de mayo de 2021, Wolters Kluwer.

¹⁶²¹ INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES, “Perfil del pensionista no contributivo de la Seguridad Social y del beneficiario de prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad”, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2020, págs. 14 y 15.

¹⁶²² Enmienda núm. 1.793 del Grupo Parlamentario Socialista («BOCG. Senado», núm. 606, de 1 de octubre de 2015, págs. 1279-1283).

precepto: “aportación demográfica a la Seguridad Social”. Por tanto, se argumentaba que, con el texto que provenía del Congreso de los Diputados, se estaba excluyendo a una parte de las mujeres que también efectuaron una aportación demográfica a la Seguridad Social y que, por tanto, también se les debería reconocer y permitirle el acceso a este complemento, puesto que no se trataba de premiar el esfuerzo de cotización de las mujeres, hecho que ya sucedía con el importe de la pensión. Esta enmienda fue rechazada.

4.4.4. Conclusiones

Podemos concluir que se trata de una medida de marcado carácter social con un amplio potencial de aplicación y que, de alguna forma, quiere “compensar” el daño producido a la carrera profesional de los progenitores, en base al esfuerzo que han realizado, compatibilizando la crianza de los hijos con la vida laboral. Entendemos que se trata de una “acción positiva” hacia las madres, puesto que no es necesario que justifiquen el posible perjuicio en su carrera profesional, como sí deben hacerlo los hombres. Y ello en base a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres. Recordemos que los datos apuntan a que la maternidad ha propiciado una marginación laboral, que repercute necesariamente en la determinación de las pensiones percibidas, por quienes han sacrificado su carrera profesional por ser madres, perpetuándose en el tiempo la brecha de género en las pensiones públicas¹⁶²³.

Para intentar paliar esta discriminación, el legislador planteó la puesta en marcha del desaparecido complemento por maternidad en 2016, lo que supuso un avance significativo en la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. Efectivamente, hay estudios que ponen de manifiesto que la aplicación del complemento ha logrado reducir en un año, la brecha de género en las pensiones por jubilación, en un 15,99%, pudiendo elevar su pensión hasta en un 5,84%¹⁶²⁴. Asimismo, otros estudios concluyen que el complemento por maternidad redujo la brecha de género en 2,2 puntos porcentuales, pero que su efecto en el conjunto del sistema es muy pobre (0,2 puntos porcentuales), por lo que sus efectos sobre la reducción de la desigualdad son poco significativos¹⁶²⁵. Citando datos oficiales del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, el

¹⁶²³ TRILLO GARCÍA, A.R., “Demografía y adecuación...”, op. cit., pág. 62.

¹⁶²⁴ BONELL RUIZ, R., DEVESA CARPIO, J.E., “El complemento por maternidad de las pensiones de la seguridad social en España. Análisis financiero actuarial basado en la MCVL”, *Economía Española y Protección Social*, núm. 9, 2017, pág. 152. La publicación se basa en el estudio de la Muestra Continua de Vidas Laborales (MCVL), que elabora la Seguridad Social.

¹⁶²⁵ GRANELL PÉREZ, R., SALVADOR CIFRE, C., “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 98, 2020, pág. 318.

complemento por maternidad ha reducido la brecha de género en las pensiones de jubilación en un 3,61% (periodo 2016-2020), como puede apreciarse en la TABLA 4.6.

TABLA 4.6. Brecha de género en la pensión contributiva de jubilación del sistema de la Seguridad Social 2013-2020. Datos por tipo de pensión y expresados en porcentajes.

BRECHA DE GÉNERO EN LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA DE JUBILACIÓN DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL			
AÑO	JUBILACIÓN ANTICIPADA	JUBILACIÓN NO ANTICIPADA	TOTAL
2013	-9,74	-32,97	-26,27
2014	-9,06	-34,82	-27,22
2015	-6,59	-33,58	-25,15
2016	-5,35	-28,93	-22,29
2017	-6,60	-26,82	-21,93
2018	-6,63	-25,00	-20,88
2019	-8,91	-22,90	-21,85
2020 ¹⁶²⁶	-7,68	-20,37	-18,68

De los datos de la TABLA 4.6, podemos concluir:

- La **brecha de género en la pensión de jubilación anticipada se ha reducido en 2,06 puntos porcentuales**, evolucionando del 9,74% en 2013 al 7,68 % en 2020.
- La **brecha de género en la pensión de jubilación no anticipada se ha reducido en 12,60 puntos porcentuales**, evolucionando del 32,97% en 2013 al 20,37 % en 2020.
- El complemento por maternidad **ha contribuido a la reducción de la brecha de género**.
- La brecha de género **es mucho menor en mujeres más profesionalizadas**, que son las que se jubilan anticipadamente.
- El **progresivo acceso de la mujer a la pensión de jubilación contributiva**, está contribuyendo a la **reducción de la brecha de género**. Cada vez son más las mujeres que acceden a una pensión más elevada, como consecuencia de la mejora de los datos de empleabilidad de las últimas décadas, originados por el mayor acceso de la mujer a estudios de educación superior.

¹⁶²⁶ Datos hasta mayo de 2020.

Estas conclusiones nos permiten afirmar de forma objetiva que en el periodo 2016-2020 se ha reducido la brecha de género, sin embargo, no podemos determinar cuál ha sido el nivel de responsabilidad del complemento por maternidad¹⁶²⁷ ¹⁶²⁸. En cualquier caso, los datos oficiales del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones es tajante cuando afirma que “el complemento de maternidad contribuye a la reducción de la brecha de género”¹⁶²⁹.

Con respecto al nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, en nuestra opinión, aún es pronto para hacer una valoración completa, puesto que su tramitación como proyecto de ley probablemente introduzca mejoras y cambios significativos, teniendo en cuenta las argumentaciones empleadas por los diferentes grupos parlamentarios durante su convalidación como Real Decreto-ley. En cualquier caso, mientras se termina este proceso parlamentario (que ya ha sufrido más de quince ampliaciones del plazo de enmiendas al articulado), realizamos una valoración del nuevo complemento, que resumimos en lo siguiente: 1) valoramos de forma positiva que establezca el reconocimiento del complemento a los progenitores de un único hijo; 2) igualmente, se favorece que las pensiones más bajas sean las más beneficiadas, mejorando el efecto redistributivo de las pensiones; 3) no compartimos el abandono del objetivo del incremento de la natalidad, del apoyo a las familias y del principio de la contributividad al sistema de pensiones público, utilizando para ello el pretexto de la reducción de la brecha de género; 4) las revisiones quinquenales son una herramienta muy valiosa, puesto que permite corregir el rumbo en los casos en los que no se evidencie una reducción de la brecha de género; y 5) las diferencias de trato entre mujeres y hombres (basadas en el reconocimiento de una acción positiva hacia las mujeres), conllevará el planteamiento de numerosos conflictos en los tribunales.

Con independencia de la tramitación parlamentaria como proyecto de ley y de las modificaciones que pudieran surgir en el marco normativo en vigor, en nuestra opinión, se deberán tener en cuenta las siguientes mejoras: 1) el reconocimiento del complemento para los casos de pensiones no contributivas. Se trataría que, de alguna

¹⁶²⁷ Algunas informaciones periodísticas de 2018, afirmaban que el complemento por maternidad, entre otras medidas, había permitido que España hubiera reducido la brecha de género en pensiones un 14 por ciento en los últimos años (Dato que no hemos podido corroborar en informes oficiales o estudios de investigación). Asimismo, cifraban en 384.707 los complementos de pensión que ya se estaban abonando a las mujeres (205.515 mujeres con dos hijos, 106.894 mujeres con tres hijos, y 72.298 mujeres con cuatro o más hijos). Por todas, citamos DIARIO LA LEY, “Más de 380.000 mujeres reciben el complemento de maternidad en su pensión en España”, núm. 9.192, 8 de mayo de 2018, Wolters Kluwer, que citaba como fuente *Europa Press*.

¹⁶²⁸ Hay autores que tajantemente afirman que “la brecha de género en pensiones no está disminuyendo” (ERRANDONEA ULAZIA, E., “El nuevo complemento por maternidad...”, op. cit., pág. 96). Hecho que, a la vista de los datos, no compartimos con la autora.

¹⁶²⁹ Argumento y conclusión defendidos por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en documentación aportada en la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados. A tal efecto, véase INFORME DE EVALUACIÓN Y REFORMA DEL PACTO DE TOLEDO, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de noviembre de 2020 (Serie D, Núm. 175), pág. 31.

forma, se recoja en su ámbito de aplicación los casos de pensiones no contributivas, que hubieran cotizado algunos periodos, pero que los mismos no fueran suficientes para alcanzar una pensión contributiva. De hecho, las beneficiarias de este complemento en base al importe inicial de una pensión de viudedad, probablemente no hayan cotizado lo suficiente para obtener una pensión de jubilación contributiva y, en cambio, sí son destinatarias de este complemento, hecho que, en nuestra opinión, es incoherente y carente de sentido¹⁶³⁰. Hablaríamos entonces de ampliar esta mejora a otros ámbitos sociales, probablemente más necesitados de este complemento, que sin duda incentivaría la cotización de las mujeres madres; 2) incentivos a la natalidad. Como ya hemos recordado, España se encuentra con uno de los niveles de fecundidad más bajos a nivel mundial, por lo que todas las medidas encaminadas a premiar el esfuerzo de la maternidad en el ámbito laboral, siempre serán positivas para intentar aumentar este nivel y frenar el envejecimiento de la población española.

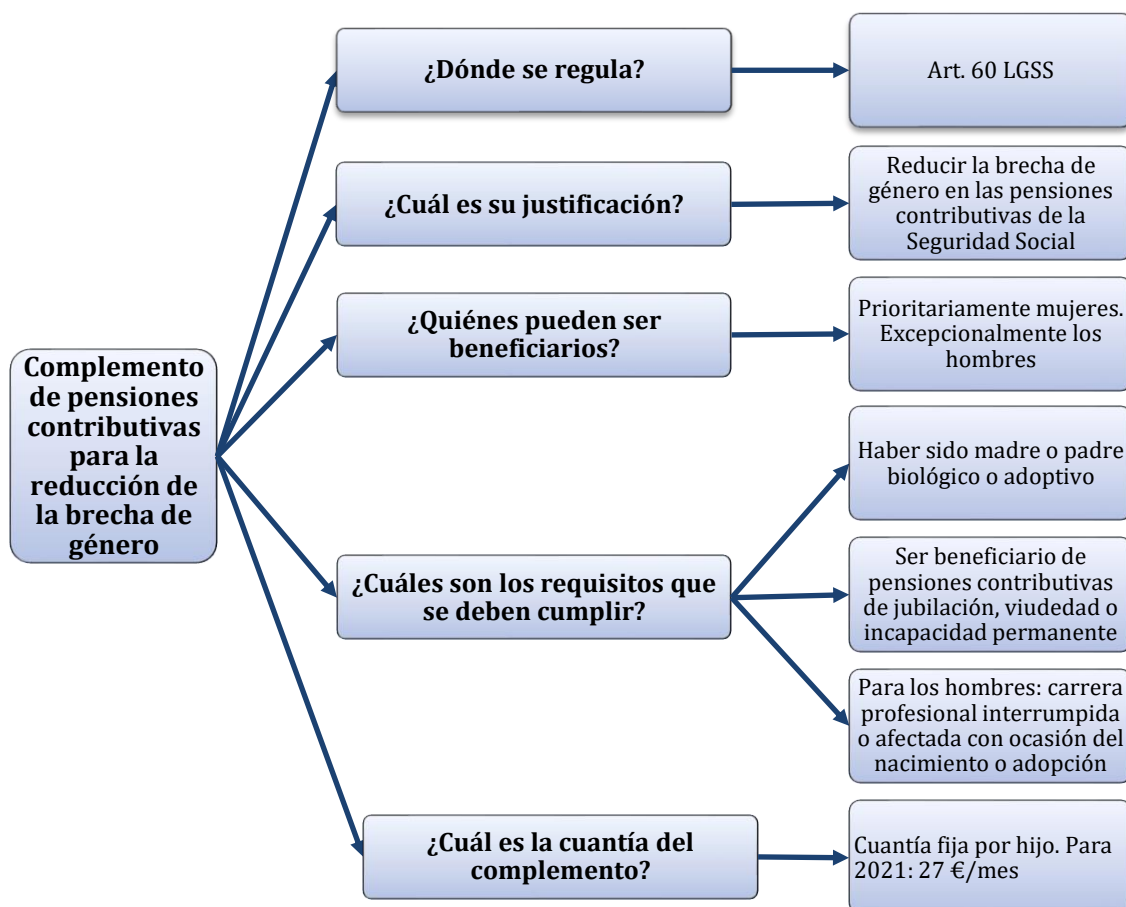


FIGURA 4.12. Datos básicos del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

¹⁶³⁰ ARAGÓN GÓMEZ, C., “El impacto de la brecha salarial...”, op. cit., pág. 77.

4.5. EJERCICIO CORRESPONSABLE DEL CUIDADO DEL LACTANTE

Tiene su origen en el art. 4.9 del Real Decreto-ley 6/2019, que modificó el que hasta el momento era el capítulo dedicado a la “paternidad”, denominación que fue sustituida por la llamada “corresponsabilidad en el cuidado del lactante”. Sin duda, lo más novedoso de la modificación fue la implantación de una prestación económica de la Seguridad Social para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, conforme a las novedades introducidas tanto en la LET como en el TREBEP, configurándose como un “premio por la corresponsabilidad”¹⁶³¹. Por tanto, se encuentra directamente relacionado con el permiso por cuidado del lactante, regulado en el art. 37.4 LET. Se regula en los arts. 183-185 LGSS.

4.5.1. Situación protegida y condicionantes que deben producirse

Se considera situación protegida, la reducción de la jornada de trabajo en media hora que de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del art. 37.4 LET, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad. De forma esquemática, citamos los condicionantes que deberán presentar ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente:

1. Realizar una actividad profesional remunerada.
2. Disfrutar el permiso por cuidado del lactante (art. 37.4 LET) desde que el menor cumpla los 9 meses de edad hasta que alcance el año. Requisitos que deberán cumplirse:
 - 2.1. El permiso se debe disfrutar en su modalidad de reducción de jornada de una horaria diaria.
 - 2.2. Ambos progenitores deberán optar por esta modalidad con la misma duración y régimen. Se trata de un requisito indispensable, que trata de favorecer la corresponsabilidad del cuidado del menor por ambos progenitores. Aún es pronto para conocer los problemas interpretativos que se derivarán de la aplicación de esta norma, sin embargo, parece muy probable que se producirán conflictos en torno a la “misma duración y régimen”, que prevé el legislador para causar derecho a esta prestación¹⁶³².

¹⁶³¹ BALLESTER PASTOR, M.A., “El RDL 6/2019...”, op. cit., págs. 33-34. Las referencias sobre esta nota, igualmente pueden encontrarse en BALLESTER PASTOR, M.A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Femeris*, vol. 4, núm. 2, 2019, págs. 14-38.

¹⁶³² BARRIOS BAUDOR, G.L., “Nuevo régimen jurídico...”, op. cit.

El objeto perseguido es proporcionar una cobertura económica –como consecuencia de la pérdida de rentas por la reducción proporcional del salario– a aquellos progenitores que opten por esta modalidad de disfrute del permiso para el cuidado del lactante, desde la fecha en la que cumple nueve meses hasta alcanzar su primer año de edad¹⁶³³. Para el resto del periodo del permiso (hasta que el menor cumpla los 9 meses de edad), se mantiene el derecho a la retribución y su coste es asumido por la empresa. Únicamente bajo esta modalidad de reducción de jornada, será cuando proceda el reconocimiento de la prestación, quedando fuera de su ámbito de aplicación el ejercicio del permiso bajo modalidad diferente.

En definitiva, podríamos considerarla como una ampliación del permiso para el cuidado del lactante, que hasta entonces estaba limitada a los 9 meses de edad del menor. El hecho diferencial lo encontramos en el responsable del pago, que se traslada al Sistema de la Seguridad Social, no asumiendo la empresa el coste de este incremento del mencionado permiso. Algunos autores estiman que hubiera sido más práctico aumentar la duración del permiso por cuidado del lactante y no crear esta nueva prestación, y ello, en base a que el empresariado nunca ha manifestado que este permiso sea inasumible¹⁶³⁴.

Sobre el origen de la maternidad-paternidad, la norma permite el acceso a esta prestación desde todas sus vertientes: nacimiento biológico, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento de carácter permanente. Sin embargo, probablemente en los casos no biológicos, el impacto de esta prestación será menor, puesto que es habitual que cuando se produce la resolución judicial o administrativa, el menor tenga ya una edad superior¹⁶³⁵.

Poniendo un punto crítico en las situaciones protegidas, no debemos olvidarnos de otros supuestos que se producen y que, en principio, no quedarían bajo el amparo de esta prestación. Nos referimos a: a) situaciones de progenitores monoparentales; y b) supuestos en los que únicamente uno de los progenitores realiza una actividad remunerada fuera del hogar. Sobre tales supuestos, el legislador debería adoptar una postura más flexible y ampliada, de lo contrario, el objetivo de la corresponsabilidad real y efectiva, podría no alcanzarse con el esquema normativo actual¹⁶³⁶.

La acreditación del ejercicio de esta modalidad de disfrute del permiso para el cuidado del lactante, en su vertiente de corresponsabilidad, se realizará mediante

¹⁶³³ Recordemos que el permiso para el cuidado del lactante puede disfrutarse bajo una de las siguientes modalidades: a) derecho a ausentarse de su puesto de trabajo durante una hora –dentro de la jornada–, tiempo que puede dividirse en dos fracciones; b) derecho a la reducción de su jornada laboral en media hora, al inicio o al final de la misma; y c) derecho a la acumulación en jornadas completas.

¹⁶³⁴ BALLESTER PASTOR, M.A., “El RDL 6/2019...”, op. cit., pág. 34.

¹⁶³⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La corresponsabilidad...”, op. cit., pág. 68.

¹⁶³⁶ Algunas de estas situaciones deberían estar previstas en la norma (BARRIOS BAUDOR, G.L., “Nuevo régimen jurídico...”, op. cit.

certificación de la reducción de la jornada por las empresas en que trabajen sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. Reglamentariamente se determinarán los requisitos que deberá cumplir esta documentación¹⁶³⁷.

4.5.2. Beneficiarios y requisitos

Para el acceso a esta prestación económica se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación por nacimiento y cuidado de menor, descrita en epígrafes anteriores de nuestro estudio. Nos referimos concretamente al cumplimiento de: 1) la condición general para causar derecho a las prestaciones (afiliación y alta en el RGSS o en situación asimilada); y 2) los períodos mínimos de cotización o carencia mínima, en función de la edad de los progenitores¹⁶³⁸.

Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos. Es decir, ambos progenitores tendrán derecho a la reducción de jornada de 30 minutos, con la consiguiente reducción de salario y, en cambio, únicamente uno de ellos podrá acceder a esta prestación económica. Con relación a cuál de los dos progenitores sea el beneficiario, la norma no especifica cuál debe ser, por lo que entendemos que será a opción de los mismos. Probablemente, este hecho repercuta de forma negativa en el acceso a esta prestación e incluso pueda perjudicar en última instancia al objetivo de la corresponsabilidad en el cuidado del menor. En cualquier caso, no existiendo una preferencia legal por una u otra persona, “lo más probable es que en la práctica solicite la prestación económica quien de los dos posibles beneficiarios obtenga una mayor cuantía”¹⁶³⁹. Con todo, la decisión queda al arbitrio de las partes interesadas.

Las previsiones contenidas en la LGSS no son aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 48.f) TREBEP y en la normativa que lo desarrolle. En este sentido, recordemos que esta norma ya contenía entre sus previsiones un permiso por lactancia de un hijo menor de doce meses, superior, por tanto, a lo establecido en la LET. Por ello, carecería de sentido que esta prestación fuera igualmente aplicable a los funcionarios públicos. En cuanto al

¹⁶³⁷ Hecho que aún no se he producido. Entendemos que estos requisitos deberían incluirse en el articulado del RD 295/2009, toda vez que se actualice conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2019.

¹⁶³⁸ Para LOUSADA AROCHENA, J.F.; RON LATAS, R.P., “El permiso para el cuidado...”, op. cit., pág. 12, “resulta bastante llamativo que la norma se remita a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, cuando la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante presenta unos mayores paralelismos con la prestación por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave”.

¹⁶³⁹ BARRIOS BAUDOR, G., “Prestación económica de la Seguridad Social por ejercicio corresponsable en el cuidado del lactante”, Aranzadi Doctrinal, núm. 1, 2021.

personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, precisar que el legislador ha dispuesto que seguirán el mismo planteamiento que se ha dispuesto para los funcionarios públicos, no siéndoles de aplicación las previsiones de la LET sobre esta materia¹⁶⁴⁰.

4.5.3. Cuantía y duración de la prestación económica

La prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora establecida para la prestación de IT derivada de contingencias comunes y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

A nivel individual, esta prestación no tiene gran relevancia para los beneficiarios, puesto que se trata de media hora diaria durante tres meses, lo que se corresponde a 33 horas de trabajo (una media de 22 días laborales mensuales). A nivel global, puede tener un determinado impacto económico, por lo que, se plantea el dilema de si su coste (aunque sea bajo) justifica su existencia¹⁶⁴¹. En cualquier caso, algunos autores abogan por la irrelevancia de esta prestación, tanto desde la perspectiva económica como de su repercusión en el objetivo de la corresponsabilidad¹⁶⁴². La duración máxima de esta prestación será de tres meses, extinguiéndose en todo caso, cuando el menor cumpla doce meses de edad.

En nuestra opinión, se trata de una medida de marcado carácter social, que va en la línea marcada por el conjunto de reformas planteado por el Real Decreto-ley 6/2019 pero que, sin embargo, su aplicación y eficacia genera muchas dudas en la doctrina científica. En cualquier caso, habrá que estar a lo que se determine reglamentariamente en la norma de desarrollo que se prevé elaborar próximamente. Entendemos que aclarará y corregirá algunos aspectos técnicos, así como dará solución a los numerosos interrogantes interpretativos que tienen como origen la urgencia política del momento¹⁶⁴³.

4.5.4. Particularidades en el ejercicio del derecho

Al tratarse de una novedad legislativa relativamente reciente, no se ha detectado un volumen importante de resoluciones judiciales que resuelvan posibles controversias con relación al disfrute de este permiso. Probablemente, la mayor

¹⁶⁴⁰ Disposición adicional vigesimosegunda LET y art. 7 TREBEP, en su redacción final dispuesta por el Real Decreto-ley 6/2019.

¹⁶⁴¹ BALLESTER PASTOR, M.A., "El RDL 6/2019...", op. cit., pág. 34.

¹⁶⁴² GORELLI HERNÁNDEZ, J., "La corresponsabilidad...", op. cit., pág. 70.

¹⁶⁴³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., "La corresponsabilidad...", op. cit., pág. 70.

dificultad estriba en que carece del necesario desarrollo reglamentario que establezca los concretos términos y condiciones de acreditación y disfrute que permita a la entidad gestora resolver conforme a los mismos. En cualquier caso, en este epígrafe vamos a intentar dar respuesta, o al menos plantear los interrogantes que pueden surgir. Para ello, nos valdremos principalmente del Criterio de Gestión núm. 18/2020 de 22/09/2020, emitido por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS sobre la materia: “Prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante”¹⁶⁴⁴.

4.5.4.1. Beneficiarios de diferentes regímenes

En primer lugar, hasta ahora hemos estudiado esta prestación desde el punto de vista de pertenencia al RGSS, pero si uno o ambos progenitores pertenecieran al RETA, *¿tendría derecho al percibo de esta prestación?* La respuesta parece clara: se trata de una prestación de nuevo cuño que por el momento carece del necesario desarrollo reglamentario que establezca los concretos términos y condiciones de acreditación y disfrute, por lo que, en principio no se tendría derecho al percibo de esta prestación¹⁶⁴⁵. La demora en el tiempo de este necesario desarrollo reglamentario, “implica en la práctica un diferenciado (y a todas luces injustificado) trato a las personas que prestan sus servicios por cuenta propia”¹⁶⁴⁶. Asimismo, tampoco será posible disfrutar de esta prestación en el supuesto de que uno de los progenitores se encuentre encuadrado en el RGSS y el otro en el RETA, ya que “la jurisprudencia no se pronuncia de forma uniforme en cuanto a la necesidad de que ambos progenitores sean trabajadores por cuenta ajena a efectos de poder acceder al permiso para cuidado del lactante regulado en el art. 37.4 LET¹⁶⁴⁷. En este caso “la situación protegida por la prestación quedaría sin cobertura económica, y ello aún en el supuesto de que el autónomo hubiera efectivamente reducido su jornada de trabajo para el cuidado del lactante”¹⁶⁴⁸.

En segundo lugar, planteamos una situación similar cuando uno de los progenitores esté incluido en el ámbito de aplicación del TREBEP, *¿tendría derecho al*

¹⁶⁴⁴ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Criterio de gestión núm. 18/2020. Materia: Prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante”, 22 de septiembre de 2020. Enlace: <https://bit.ly/3mQNGS5>.

¹⁶⁴⁵ El artículo 318.b) LGSS establece que será aplicable al RETA “en materia de corresponsabilidad en el cuidado del lactante, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, lo dispuesto, respectivamente, en los capítulos VII, VIII, IX y X del título II, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.”

¹⁶⁴⁶ BARRIOS BAUDOR, G., “Prestación económica...”, op. cit.

¹⁶⁴⁷ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Criterio de gestión núm. 18/2020. Materia: Prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante”, 22 de septiembre de 2020. Enlace: <https://bit.ly/3mQNGS5>.

¹⁶⁴⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F.; RON LATAS, R.P., “El permiso para el cuidado...”, op. cit., pág. 9.

percibo de esta prestación el progenitor que perteneciera al Régimen General? La respuesta no puede ser más que afirmativa puesto que, de lo contrario, se impediría el derecho de acceso a esta prestación económica a todos los casos en los que uno de los interesados fuera empleado público sujeto al TREBEP, a pesar de que ejerciera el cuidado del lactante de forma corresponsable.

4.5.4.2. Compatibilidades

En primer lugar, planteamos la compatibilidad entre esta prestación y la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Siempre que se reúnan los requisitos para causar derecho a ambas prestaciones, procedería la compatibilidad (sin que la reducción de jornada en media hora por el ejercicio corresponsable se tenga en cuenta a efectos de la jornada que debe reducirse, al menos en un 50%, para percibir la prestación por cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave).

Y, en segundo lugar, planteamos la compatibilidad entre esta prestación económica y la nueva modalidad de disfrute de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, puesto que ambas pueden coincidir en el tiempo, debido al amplio margen de flexibilidad en su disfrute, que el legislador ha establecido. En este supuesto, durante el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor, el contrato está en suspenso y, por tanto, el trabajador no podrá ser beneficiario de la prestación por cuidado corresponsable del lactante. En ese caso, procederá la suspensión de la segunda prestación, retomándose cuando la primera finalice o, cuando así se estime, siempre que el menor no haya cumplido los doce meses de edad.

4.5.4.3. Otras particularidades

A) Nacimiento o adopción múltiple

En caso de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de carácter permanente múltiples, se podrá acceder a la prestación económica por cada uno de los menores, puesto que de cumplirse en cada caso los requisitos necesarios, se generarían dos prestaciones distintas, siendo decisión de los beneficiarios determinar si dichas prestaciones recaen o no en la misma persona.

B) Disfrute simultáneo de la prestación

La norma establece que el disfrute de esta prestación será para ambos progenitores siempre que se lleve a cabo con la misma duración y régimen. En el supuesto que, tras reconocer la prestación, uno de los progenitores decida reincorporarse a su puesto de trabajo antes de que finalice el periodo establecido inicialmente, supondría la extinción

total de la prestación, sin que exista posibilidad de solicitarla nuevamente. Lo contrario supondría desvirtuar la finalidad de cuidado corresponsable que se pretende y en la práctica acabaría con uno de los principales requisitos exigidos para poder percibir esta prestación.

C) Fallecimiento de un progenitor

En el supuesto en el que, durante el disfrute de esta prestación, falleciera uno de los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, no se extinguirá el derecho del otro progenitor a la prestación que ya viniera disfrutando.

D) Familias monoparentales

En los supuestos de familias monoparentales, el único progenitor, *¿podría ser beneficiario de esta prestación económica?* Atendiendo a la literalidad de la norma, esta opción no sería viable, puesto que la prestación se concibe como un instrumento dirigido a incentivar el ejercicio corresponsable en el cuidado del lactante, que ha de entenderse como responsabilidad compartida, lo que requiere que existan dos progenitores que repartan de forma igualitaria el cuidado del menor, evitando que recaiga en uno solo. En este sentido, para algunos autores, la exigencia de que trabajen ambos progenitores en los supuestos de familias monoparentales (por fallecimiento o ausencia del otro) “tropieza con la lógica protectora –que si cubre una necesidad en familias biparentales con más razón la debería cubrir cuando la necesidad se concentra en una única persona en una familia monoparental–. Aquí es oportuno apostar por una interpretación flexible de la norma”¹⁶⁴⁹.

En nuestra opinión, en el desarrollo reglamentario se debería contemplar esta opción, puesto que en estas situaciones es inviable la corresponsabilidad, al tratarse de un único progenitor. En caso contrario, podría generarse un agravio comparativo con respecto a las familias con dos progenitores y verse perjudicado el que, en nuestra opinión, debería ser el objeto central de esta prestación, el menor de doce meses de edad. En cualquier caso, también abogamos por una interpretación flexible de la norma.

E) El disfrute en caso de tiempo parcial en varias empresas

En aquellos supuestos en los que los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente presten servicios a tiempo parcial en varias empresas, el derecho a la reducción de la jornada en media hora, solo se podrá

¹⁶⁴⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F.; RON LATAS, R.P., “El permiso para el cuidado...”, op. cit., pág. 12.

ejercer en una de ellas, esto es, en aquella en la que se esté trabajando en el momento de ausentarse para el cuidado del lactante. En consecuencia, en los supuestos referidos sólo podrá percibirse una prestación del sistema de la Seguridad Social.

4.6. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

Las prestaciones económicas de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses de edad, presentan grandes similitudes en cuanto a su régimen jurídico, condicionantes y requisitos para su concesión. Por ello, en este epígrafe se aborda el estudio en conjunto de ambas prestaciones, diferenciando aquellos aspectos que sean inherentes a cada una de ellas.

La prestación por riesgo durante el embarazo tiene su origen en la LCVFL, norma que incluyó un nuevo Capítulo IV ter dentro del Título II de la LGSS de 1994, dedicado en exclusiva a esta contingencia concreta. Surgió en concordancia lógica con la suspensión del contrato que se introdujo en el art. 45.1 d) LET de 1995, por esta misma contingencia (actualmente se regula en el art. 45.1 e) LET). En cambio, la prestación por riesgo durante la lactancia natural tiene su origen en la LOIMH, que generó esta prestación y la prestación por paternidad, en coherencia con los cambios producidos paralelamente en la LET de 1995. La LOIMH incluyó el nuevo “Capítulo IV Quinquies Riesgo durante la lactancia natural” (dentro del Título II).

A diferencia de lo que sucede con la regulación del art. 26 LPRL, estas prestaciones no tienen su origen directo en la Directiva 92/85/CEE, sino que el legislador español optó por crearlas de manera específica para los supuestos en los que la trabajadora no pudiera seguir prestando sus servicios, una vez que se agotaran las fases del propio art. 26 LPRL¹⁶⁵⁰. Se trató de mejorar los mínimos establecidos en la propia Directiva, siendo lo más relevante el reconocimiento de la naturaleza jurídica de riesgo profesional¹⁶⁵¹. Por tanto, la situación es la presencia de un riesgo profesional de origen laboral, “no de una patología ya diagnosticada” a la que, en su caso, correspondería una prestación por IT¹⁶⁵². La remisión legal que inicialmente realizó la LCVFL al régimen de la IT, no parecía lo más procedente teniendo en cuenta que ya se había superado la fase de la concepción de la maternidad como causa de incapacitación para el trabajo^{1653 1654}. De hecho, la configuración de su régimen

¹⁶⁵⁰ SIERRA HERNÁIZ, E., “Prevención de riesgos...”, op. cit., pág. 122.

¹⁶⁵¹ SÁNCHEZ CASTILLO, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., págs. 211-212.

¹⁶⁵² RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., “Dimensiones jurídico-laborales...”, op. cit., pág. 158, en referencia la STSJ de la Comunidad Valenciana de 02/06/2009 y la STSJ de Extremadura de 30/12/2009.

¹⁶⁵³ SÁNCHEZ CASTILLO, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 214.

jurídico siguiendo el esquema de protección de la IT por contingencias comunes, fue muy criticado por la doctrina científica de la época¹⁶⁵⁵. La entrada en vigor de la LOIMH supuso el cambio esencial para la prestación por riesgo durante el embarazo, el paso hacia una contingencia profesional, de origen laboral y por el que no se entendería fuera de él¹⁶⁵⁶.

Estas prestaciones tienen una doble finalidad: por un lado, cubrir la situación de necesidad de la trabajadora durante la suspensión de su contrato, debido a la pérdida salarial (por incompatibilidad entre su trabajo y su estado biológico); y por otro, que la propia suspensión no suponga un coste económico para la empresa, desincentivando la contratación de mujeres en edad fértil¹⁶⁵⁷. Asimismo, durante el percibo de las mismas, se mantiene la obligación de cotizar, lo cual constituye una prestación complementaria¹⁶⁵⁸.

La prestación por riesgo durante el embarazo se regula en los arts. 186-187 LGGS y 31-48 RD 295/2009. La prestación por riesgo durante la lactancia natural se regula en los arts. 188-189 LGSS y 49-51 RD 295/2009.

4.6.1. Situaciones protegidas y medidas preventivas y de protección previas

Se considera situación protegida a los efectos de estas prestaciones económicas, la suspensión del contrato de trabajo como consecuencia de la aplicación de las medidas del art. 26 LPRL, en los supuestos en los que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado biológico, dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. Por tanto, cuatro son los supuestos que deben producirse: 1) existencia de una situación de riesgo para el embarazo o la lactancia natural (de acuerdo al art. 26 LPRL); 2) imposibilidad de adaptación de tiempo o condiciones de trabajo; 3) imposibilidad de cambio a otro puesto de trabajo incompatible; y 4) que la trabajadora tenga suspendido su contrato.

En el mismo sentido, en el caso de trabajadoras incluidas en el RETA, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada o lactante durante el periodo de interrupción de la actividad profesional, en los supuestos en que el desempeño de la misma influya negativamente en su salud o en la

¹⁶⁵⁴ La Declaración del Consejo y de la Comisión relativa al punto 3 del artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE, incluida en el acta de la 1 608 sesión del Consejo (Luxemburgo, 19 de octubre de 1992), declaró que “en modo alguno pretende equiparar el embarazo y el parto con una enfermedad”.

¹⁶⁵⁵ SÁNCHEZ CASTILLO, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 222.

¹⁶⁵⁶ Disposición adicional decimoctava (nueve) de la LOIMH.

¹⁶⁵⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Protección antidiscriminatoria...”, op. cit., págs. 58 y ss.

¹⁶⁵⁸ PEÑA GARCÍA, M.V., “Riesgo durante...”, op. cit., pág. 74.

del feto, y así se certifique por los servicios médicos de la entidad gestora o de la mutua colaboradora con la Seguridad Social competente. Por lo que, en estos casos, no hablaríamos de suspensión del contrato de trabajo, ni tampoco de la decisión empresarial de cambiar de puesto a la empleada, sino que, se trata de una interrupción de la prestación profesional por cuenta propia, motivada por la presencia de un riesgo específico para la maternidad¹⁶⁵⁹.

En el caso de funcionarias integradas en el RGSS e incluidas en el ámbito de aplicación del TREBEP, se consideran situaciones protegidas el permiso por riesgo durante el embarazo y el permiso por riesgo durante la lactancia natural, en su caso, a efectos de la prestación económica de la Seguridad Social.

Como situaciones no protegidas, en el caso del riesgo durante el embarazo, no lo es aquella que se deriva de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado. Nos referimos concretamente al “embarazo de riesgo” que, con toda lógica, no debe confundirse con el “riesgo durante el embarazo”. En el primer concepto, la mujer está impedida para llevar a cabo su trabajo y precisa de asistencia médica¹⁶⁶⁰; en el segundo, se describe la posible afectación de la salud de la madre, del feto o del hijo debido a los riesgos que la actividad laboral genera sobre ellos. El riesgo genérico debe ser reconducido a una prestación por IT derivada de contingencias comunes, no profesionales¹⁶⁶¹. Asimismo, en el caso del riesgo durante la lactancia, no es una situación protegida, la lactancia artificial o no natural. Cuando el legislador se refiere al riesgo durante la lactancia, se añade la expresión “natural”, con el objetivo de “disipar cualquier duda interpretativa que pudiera hacer pensar que la situación protegida pudiera ser extendida al ámbito de la denominada lactancia artificial o no natural, a pesar de algunos esfuerzos doctrinales por incluir en dicho ámbito este tipo de lactancia”¹⁶⁶². Asimismo, tampoco se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados.

¹⁶⁵⁹ LASAOSA IRIGOYEN, E., “Delimitación de la situación protegida en la prestación por riesgo durante la lactancia natural”, en obra colectiva, “Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social”, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, págs. 155 y ss.

¹⁶⁶⁰ STSJ de Asturias de 08/01/2010, STSJ de Extremadura de 30/12/2009 y STSJ de Cantabria de 18/12/2014.

¹⁶⁶¹ STSJ de Castilla y León de 18/11/2015. SIERRA HERNÁIZ, E., “Prevención de riesgos...”, op. cit., pág. 134.

¹⁶⁶² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Presunción de lactancia natural cuando concurre al solicitar la prestación por riesgo. STS-SOC núm. 323/2019, de 24 de abril”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 4, 2019. Ello no supone un incumplimiento del marco normativo, puesto que la Directiva 85/92/CEE, se refiere a trabajadora en período de lactancia (sin adjetivo) a cualquier trabajadora en periodo de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales.

La activación de esta situación protegida, está condicionada a la aplicación y puesta en marcha de las medidas que se derivan del art. 26 LPRL, precepto que contiene la acción protectora de la maternidad en el ámbito laboral. En el mismo, se configura la secuencia de medidas correlativas que deberán adoptarse en el ámbito de la protección de la maternidad: 1º) adaptación del tiempo o condiciones de trabajo; 2º) cambio de puesto de trabajo compatible con el estado biológico de la trabajadora; y 3º) suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural. Es esencial que la empresa cumpla con toda esta secuencia de acciones, de lo contrario, los tribunales podrían denegar el reconocimiento de esta prestación, hecho que sucede por esta causa en la mayoría de los casos¹⁶⁶³.

Sin embargo, de manera excepcional, sí se ha detectado alguna resolución de los tribunales de justicia en la que a pesar de que no se ha producido un cumplimiento total de la secuencia de acciones a adoptar por parte de la empresa, se resuelve a favor de la trabajadora, reconociéndole el derecho a la prestación. Así, por ejemplo, tras quedar demostrada la existencia de “riesgos específicos para la lactancia natural” (porque así quede reflejado en la evaluación de riesgos específica) y no adoptar ninguna de las medidas posteriores por parte de la empresa, el tribunal determina que la falta de implantación de las mismas puede conllevar la consiguiente responsabilidad, sin embargo, el derecho de la demandante a no sufrir la situación de riesgo no debe verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad¹⁶⁶⁴.

En cuanto al bien jurídico a proteger en los supuestos de riesgo durante la lactancia, no es tanto la salud del lactante o de la madre, sino el hecho en sí de la lactancia natural. Lo que se persigue es la “constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias”¹⁶⁶⁵. Este impedimento para la lactancia puede ejercer un efecto dañino para la salud del menor, puesto que, “no es solo un proceso de aportación de nutrientes adecuados a las necesidades del recién nacido, sino también catalizador de un potente vínculo afectivo entre la madre y su bebé, que constituye una experiencia única, singular y necesaria

¹⁶⁶³ SIERRA HERNÁIZ, E., “Prevención de riesgos...”, op. cit., pág. 126.

¹⁶⁶⁴ STSJ de Galicia de 17/02/2017 (califica el riesgo durante la lactancia de una trabajadora expuesta a radiaciones ionizantes, por la entrada a sala donde hay cubas con residuos radiactivos. La evaluación de riesgos prohíbe su entrada a este lugar). Sobre esta sentencia, véase GOÑI SEIN, J.L.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; APILLUELO MARTÍN, M.; y SIERRA HERNÁIZ, E., “Seguridad y salud en el trabajo”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 201, 2017, pág. 257.

¹⁶⁶⁵ SSTS de 26/06/2018, 03/04/2018 (“No cabe limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo”), y 24/04/2012.

para el desarrollo físico y psicosocial del niño/a¹⁶⁶⁶. Así, esta situación protegida, se configura a través de normas propias de Seguridad Social y de PRL, que se activan desde el momento en el que la empresa, no puede reorganizar su actividad productiva para proteger a la madre¹⁶⁶⁷.

4.6.2. El riesgo específico como origen de las prestaciones

Es importante destacar que no todo riesgo que pueda afectar al embarazo o a la lactancia natural debe conllevar el reconocimiento de la prestación. Aquéllos que no estén relacionados con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto de la embarazada o lactante, no deben computar a efectos de la determinación de la situación protegida¹⁶⁶⁸. Por tanto, estaríamos refiriéndonos a los “riesgos específicos” del puesto de la trabajadora, no siendo suficiente la presencia de “riesgos genéricos”¹⁶⁶⁹ ¹⁶⁷⁰. Bastaría con que se objetive un riesgo específico para el embarazo o la lactancia, no siendo suficiente un riesgo genérico que puede tener cualquier actividad, incluso la no laboral¹⁶⁷¹.

Esta especificidad requiere una evaluación de riesgos también específica, “que establezca con suficiente precisión la conexión entre un concreto puesto de trabajo o función y el peligro potencial sobre cada uno de los estados biológicos protegidos”¹⁶⁷² ¹⁶⁷³. Esta evaluación de riesgos debe cumplir lo establecido en el art. 4.1 de la Directiva 92/85/CEE y como decimos, ser “específica”, en caso contrario no correspondería el reconocimiento de la prestación¹⁶⁷⁴. Por ello, se obliga a las empresas a ser más celosas en el cumplimiento de la normativa sobre evaluación de riesgos específicos de los

¹⁶⁶⁶ POYATOS I MATAS, G., “Juzgando con perspectiva de género, y del niño/a, las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1339/2019, de 17 de diciembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 443, 2020, pág. 119.

¹⁶⁶⁷ PEÑA GARCÍA, M.V., “Riesgo durante...”, *op. cit.*, pág. 76.

¹⁶⁶⁸ STSJ de Cataluña de 22/12/2003.

¹⁶⁶⁹ AMAADACHOU KADDUR, F., “Unificación de doctrina en torno a la determinación del reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 21, 2019, pág. 149.

¹⁶⁷⁰ Sobre la conceptualización de los riesgos específicos de la maternidad y lactancia, véase *Capítulo 2* de este estudio.

¹⁶⁷¹ STSJ del País Vasco de 11/03/2014.

¹⁶⁷² BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, *op. cit.*, pág. 77.

¹⁶⁷³ Sobre esta evaluación específica, véase configuración de la “evaluación de riesgos adicional” descrita en el *Capítulo 2* de este estudio, en base al documento de “Directrices para la Evaluación de Riesgos y Protección de la Maternidad en el Trabajo”, del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST).

¹⁶⁷⁴ RODRÍGUEZ PASTOR, G.E., “Reconocimiento de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural cuando no se ha efectuado una adecuada evaluación de riesgos. Carga de la prueba. SJS núm. 33 de Barcelona, de 14/11/2017”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 211, 2018, págs. 277-278.

puestos de trabajo ocupados por trabajadoras embarazadas o lactantes, de forma que se les facilite el acceso a las prestaciones¹⁶⁷⁵.

Otro matiz importante para la configuración de la especificidad del riesgo es su probable materialización. Así, la “posibilidad teórica” de padecer un riesgo concreto, no puede ser admitida como riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia en orden a su protección específica, sino concurre ninguna circunstancia de hecho que avale tal probabilidad¹⁶⁷⁶.

En cuanto a la existencia de este riesgo específico, las resoluciones de los tribunales no dejan lugar a dudas, no se admiten prestaciones automáticas ni criterios generales, sino que es necesario que se demuestre la especificidad de los riesgos en cada caso concreto¹⁶⁷⁷. Además, este riesgo debe estar vinculado a la actividad de la trabajadora embarazada o lactante.

4.6.2.1. El riesgo específico en las prestaciones por riesgo durante el embarazo

En materia de prestaciones por riesgo durante el embarazo y la especificidad de los riesgos, se ha realizado un breve estudio de casos en los que los tribunales de justicia dirimen sobre la procedencia del reconocimiento de la prestación. Así, por ejemplo, con relación a puestos de trabajo relacionados con la conducción de vehículos, se rechaza el reconocimiento en los casos de la sedestación que implica la conducción de vehículo particular para ida y vuelta desde el domicilio particular hasta el lugar de trabajo, puesto que, además de no formar parte de la jornada laboral, se trataría de un trayecto de diez minutos y nada impediría hacer un descanso¹⁶⁷⁸. Y es que no basta con hacer referencia al riesgo de sufrir algún tipo de afectación que se corresponde con la conducción de un vehículo ordinario, que nada tiene que ver con los industriales, de gran tonelaje o especificación técnica, sino que, debe afectar de forma negativa al embarazo. En ese caso, sí podríamos calificarlo como riesgo específico¹⁶⁷⁹. Si no queda demostrado el carácter perjudicial del riesgo para el embarazo, no se concedería la prestación, como así ha ocurrido en varios pronunciamientos judiciales sobre puestos de trabajo relacionados con la conducción

¹⁶⁷⁵ RODRÍGUEZ PASTOR, G.E., “Reconocimiento de la prestación económica...”, op. cit., pág. 277.

¹⁶⁷⁶ RÍOS MESTRE, J.M., “Prestación por riesgo durante el embarazo”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 134, 2018, pág. 117. En referencia al contenido de la STSJ del País Vasco de 20/07/2010.

¹⁶⁷⁷ SIERRA HERNÁIZ, E., “Prevención de riesgos...”, op. cit., pág. 133.

¹⁶⁷⁸ SJS núm. 1 de Ciudadela de Menorca de 11/09/2020. Sobre esta sentencia, véase LÓPEZ AHUMADA, J. E., “Reconocimiento de la prestación de riesgo durante el embarazo vinculado a la presencia de riesgo específico y no genérico. Sentencia comentada: JS de Cutatdella de Menorca (Comunidad Autónoma de las Islas Baleares) de 11 de septiembre de 2020”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 239, 2021, págs. 227-236.

¹⁶⁷⁹ STSJ del País Vasco de 08/04/2014.

de vehículos (conductora de autobús urbano, viajante de comercio, etc.)¹⁶⁸⁰, salvo que el protocolo de protección establezca su lesividad a partir de un momento concreto, referido esencialmente a la semana de gestación en la que se encuentre la trabajadora. Así ocurrió, por ejemplo, en la STSJ de Galicia de 29/10/2019, en la que quedó claro y acreditado que la trabajadora (conductora de autobús urbano) estaba expuesta a tres riesgos que podrían ser lesivos para el embarazo, en función de la semana de gestación: 1) riesgo de vibraciones comprendidas entre 1 y 80 Hz, durante toda la jornada; 2) riesgo de golpes a nivel abdominal, no solo por las probabilidades de accidentes, sino porque la conducción de vehículos impone frenazos, y en este caso se trata de un autobús en el que el volante está a la altura del abdomen; y 3) riesgo de manipulación de cargas y de mantenimiento de posturas forzadas, tanto por el hecho de tener que permanecer sentada largos períodos de tiempo, como de tener que desplegar la rampa de acceso al autobús, introducir el equipaje de los viajeros, etc. En este supuesto concreto, el tribunal se basa en el documento de “Directrices para la Evaluación de Riesgos y Protección de la Maternidad en el Trabajo”, del INSST, que establece que, “en cuanto al riesgo de vibraciones se recomienda incrementar la prevención a partir de la semana 25 de gestación y en cuanto al riesgo de golpes/choques indica que existe riesgo de desprendimiento de la placenta a partir de la semana 20”.

Sin embargo, siguiendo este último hilo argumental, se han detectado numerosos fallos judiciales en los que presentan disconformidad en la utilización del criterio de la temporalidad, como regla automática o de tipo matemático, por las cuáles, a partir de una determinada semana de gestación, el paso de la trabajadora (que esté expuesta a determinados riesgos) a la suspensión del riesgo durante el embarazo es automático, con independencia de las particularidades que pueda haber en cada caso¹⁶⁸¹. Es más, se ponen en cuestión determinadas guías sobre la temática elaboradas por entidades de reconocido prestigio, como la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), afirmando que se trata de “pautas generales en sus orientaciones para la valoración del riesgo laboral y la IT durante el embarazo, que no valen obviamente para aquellos casos en los que aparezcan circunstancias particulares”¹⁶⁸².

Por último, con relación a los riesgos laborales específicos que puedan influir de forma negativa en el embarazo, nos referimos a determinados puestos de trabajo en los que se pueden presentar de forma más habitual riesgos que podrían ser así calificados. Nos estamos refiriendo a puestos en los que haya que permanecer mucho

¹⁶⁸⁰ SSTSJ del País Vasco de 08/04/2014, 30/09/2014 y 11/07/2017. Sobre estas sentencias, véase BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., pág. 80.

¹⁶⁸¹ STSJ de Extremadura de 30/12/2009, STSJ de Galicia de 29/02/2012 y STSJ de Castilla La Mancha de 18/03/2010.

¹⁶⁸² STSJ de Galicia de 22/02/2013.

tiempo de pie –bipedestación prolongada– (dependientas, cajeras, operarias en líneas de montaje, educadoras de niños pequeños, etc.), o sentada –sedestación prolongada– (administrativas, etc.), puestos en los que exista riesgo de golpes, choques o vibraciones (peona, albañiles, etc.), o puestos que presenten riesgo biológico (personal sanitario fundamentalmente). En estos supuestos, los tribunales han resuelto los conflictos en base a un único criterio: la especificidad del riesgo.

Así, han sido valorados como riesgos específicos y, por tanto, procede la prestación por riesgo durante el embarazo, en los siguientes casos¹⁶⁸³: 1) enfermera a la que se le reconoce la prestación por riesgo durante el embarazo, quedando demostrada la exposición a los siguientes riesgos: biológicos (agentes infecciosos, por pacientes ingresados en unidades infecciosas, pediatría, laboratorio de microbiología, urgencias), físicos (sobreesfuerzos por manipulación de manual de cargas, riesgos de posturas forzadas, bipedestación de forma prolongada, situaciones de estrés laboral y radiaciones ionizantes) y químicos (sustancias etiquetadas H360, H361, H340, H341, H350, (citostáticos), sustancias etiquetadas con mercurio y derivados, monóxido de carbono y otros agentes químicos de riesgo (anestésicos CL inhalatorios))¹⁶⁸⁴; 2) dependienta expuesta a una situación objetiva de riesgo por bipedestación y deambulación prolongadas en su puesto de trabajo, estando diagnosticada de embarazo de alto riesgo, consecuencia de haberse sometido a una fecundación in vitro para conseguir su estado de gestación, siendo así que dichas técnicas aumentan el riesgo de sufrir un aborto espontáneo¹⁶⁸⁵; 3) ayudante de charcutería por riesgo por manipulación manual de cargas, contacto con carne cruda, bipedestación prolongada, esfuerzo físico y exposición a ruido¹⁶⁸⁶; 4) peluquera que se encuentra en su 31 semana de gestación, puesto que exige bipedestación continuada. El tribunal se basa en el Protocolo de Valoración de los riesgos profesionales a efecto de la prestación de riesgo durante el embarazo de AMAT, que establece la existencia de riesgo para profesiones que requieran bipedestación mantenida en las 24 semanas de gestación normal¹⁶⁸⁷; y 5) trabajadora que presta servicios como técnico de radiodiagnóstico, debido a que las condiciones de la actividad laboral realizada por la beneficiaria

¹⁶⁸³ Otros casos que han sido valorados como riesgos específicos y, por tanto, procede la prestación por riesgo durante el embarazo, son las SSTSJ de Galicia de 29/10/2019, 13/04/2016, 22/02/2013, 12/12/2012, 26/04/2012 y 29/02/2012; SSTSJ del País Vasco de 16/04/2019 y 06/03/2018; STSJ de las Islas Canarias de 31/07/2013; STSJ de la Comunidad Valenciana de 28/02/2018; STSJ de Cantabria de 18/12/2014; SSTSJ de Asturias de 23/06/2020 y 25/01/2013; STSJ de Navarra de 10/06/2011; STSJ de Cataluña de 11/03/2011; y STSJ de Castilla y León de 15/10/2009.

¹⁶⁸⁴ STSJ de Galicia de 14/05/2015.

¹⁶⁸⁵ STSJ de las Islas Canarias de 29/04/2016 (confirmada por la STS de 10/12/2018). Sobre esta sentencia, véase ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.D., “Prestación de riesgo durante el embarazo y embarazo de riesgo. STSJ Canarias-Las Palmas de Gran Canaria, de 29 de abril de 2016”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 196, 2017, págs. 179-187.

¹⁶⁸⁶ STSJ de Madrid de 20/10/2017.

¹⁶⁸⁷ STSJ de Aragón de 15/06/2017. Sobre esta sentencia véase DIARIO LA LEY, “Se reconoce a una peluquera la prestación de riesgo por embarazo debido a la bipedestación continuada (STSJ de Aragón de 15/06/2017)”, núm. 9.145, 22 de febrero de 2018, Wolters Kluwer.

suponen un riesgo específico durante el embarazo, tanto para la trabajadora como para el feto¹⁶⁸⁸.

En cambio, no se aprecia riesgo específico y, por tanto, no procede el reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo en los siguientes casos¹⁶⁸⁹: 1) auxiliar sanitario que ejerce sus funciones en el departamento de oncología radioterápica, en empresa pública de servicios sanitarios. Se declara compatible con el embarazo, tanto el puesto como las funciones asignadas¹⁶⁹⁰; y 2) fisioterapeuta ante la ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos en el puesto de la trabajadora la situación desde la semana veintidós¹⁶⁹¹.

4.6.2.2. El riesgo específico en las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural

Al igual que hemos hecho con la prestación por riesgo durante el embarazo, en materia de prestaciones por riesgo durante la lactancia natural y la especificidad de los riesgos, se ha realizado un breve estudio de casos en los que los tribunales de justicia dirimen sobre la procedencia del reconocimiento de la prestación. Así, han sido valorados como riesgos específicos y, por tanto, procede la prestación por riesgo durante la lactancia natural, en los siguientes casos¹⁶⁹²: 1) enfermera de urgencias hospitalarias, al haberse aportado prueba eficaz sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad profesional de la trabajadora y la situación de lactancia natural, así como la imposibilidad de cambio o adaptación del puesto de trabajo. Existencia de riesgos específicos para la lactancia natural¹⁶⁹³; 2) enfermera de transporte sanitario que trabaja a turnos nocturno y diurno de 12 horas que inciden en la lactancia natural, sin que se haya acreditado la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna¹⁶⁹⁴; 3) conductora de camión de recogida de residuos sólidos, con turnicidad y nocturnidad, existencia de serios indicios de que el

¹⁶⁸⁸ STSJ de Andalucía de 29/06/2017.

¹⁶⁸⁹ Otros casos que no han sido valorados como riesgos específicos y, por tanto, no procede la prestación por riesgo durante el embarazo, son la SJS núm. 1 de Ciudadela de Menorca de 11/09/2020; STSJ de Castilla La Mancha de 16/01/2020; SSTSJ de Navarra de 09/02/2017, 18/10/2013 y 10/06/2011; SSTSJ del País Vasco de 11/07/2017, 30/09/2014, 08/04/2014, 11/03/2014, 19/03/2013 y 18/09/2012; SSTSJ de Andalucía de 28/06/2017 y 04/07/2013; STSJ de Asturias de 10/02/2012; STSJ de Madrid de 24/01/2012; y SJS núm. 6 de Oviedo de 11/09/2018.

¹⁶⁹⁰ STSJ de Galicia de 12/02/2016.

¹⁶⁹¹ STSJ de Asturias de 26/12/2019.

¹⁶⁹² Otros casos que han sido valorados como riesgos específicos y, por tanto, procede la prestación por riesgo durante la lactancia natural, son la SSTS de 19/10/2020, 26/06/2018, 24/01/2019 (sentencia núm. 54/2019), 24/01/2019 (sentencia núm. 56/2019) y 06/02/2019 y STSJ de Galicia de 18/04/2016.

¹⁶⁹³ STS de 03/04/2018 y STSJ de Cantabria de 23/01/2020.

¹⁶⁹⁴ STS de 11/07/2018. Confirma la STSJ del País Vasco de 08/11/2016

trabajo habitual es incompatible con la lactancia natural, máxime cuando la evaluación de riesgos recoge buena parte de los que concurren en el puesto y que refiere los riesgos para mujeres embarazadas o lactantes¹⁶⁹⁵; 4) camillera en servicio de transporte urgente en ambulancia, en régimen de turnos semanales, falta de evaluación del riesgo que comporta dicho trabajo y que dificulta la lactancia¹⁶⁹⁶; 5) trabajadora sanitaria de urgencias que presta su trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impiden la alimentación regular del menor, los riesgos tienen impacto directo sobre la lactancia natural¹⁶⁹⁷; 6) técnico de prevención de riesgos laborales con serios indicios de que el trabajo habitual es incompatible con la lactancia natural, máxime cuando la evaluación de riesgos recoge buena parte de los que concurren en el puesto de trabajo y que refiere los riesgos para mujeres embarazadas o lactantes¹⁶⁹⁸; 7) enfermera del SAMU, con puesto en UVI medicalizada, en régimen de jornada continuada de 24 horas. Se declara probada la existencia de riesgos específicos en su puesto de trabajo y relacionados con la lactancia del menor, indicándose así riesgos derivados de la exposición a agentes químicos y a agentes biológicos y psicosociales derivados de la carga mental con alto nivel de estrés y sobrecarga emocional y por la realización de trabajo a turnos de 24 horas con turno nocturno, y se indica en certificado de la empresa que no es posible la adaptación del puesto de trabajo¹⁶⁹⁹; 8) animadora sociocultural. Se prueba la existencia de diferentes riesgos laborales: exposición a determinados productos químicos y agentes biológicos por inhalación, así como a los factores de riesgo psicosocial¹⁷⁰⁰; 9) trabajadora dedicada al transporte sanitario que trabaja a turnos de 24 horas y 3 días de descanso. Se produce un impacto en el equilibrio biológico¹⁷⁰¹; 10) enfermera en unidad de neurocirugía. Se acredita la exposición a riesgos físicos, biológicos y químicos, así como psicosociales (turnicidad y nocturnidad)¹⁷⁰²; 11) médica especialista en otorrinolaringología en un centro hospitalario. Existe riesgo específico e imposibilidad de adaptar las condiciones laborales. La trabajadora no portaba anticuerpos que pudieran actuar desde su sistema inmunológico como barrera frente al contagio a los virus parotiditis,

¹⁶⁹⁵ STS de 24/01/2019 (núm. 53/2019).

¹⁶⁹⁶ STS de 26/03/2019.

¹⁶⁹⁷ STS de 04/12/2019. Confirma la STSJ de la Comunidad Valenciana de 07/03/2017.

¹⁶⁹⁸ STSJ de Cataluña de 28/01/2020.

¹⁶⁹⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 29/04/2020

¹⁷⁰⁰ STSJ de las Islas Canarias de 17/12/2019. Sobre esta sentencia, es interesante el enfoque que el tribunal proporciona en su argumentación, defendiendo que “se proyecta y concreta en la prestación por riesgo durante la lactancia, el principio internacional del «interés superior del niño», como consideración primordial especialmente relevante cuando se sopesan derechos que se contraponen, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño/a lactante”, es decir se juzga bajo la “integración de la perspectiva del niño/a, derivada de la Convención internacional de derechos del niño” (POYATOS I MATAS, G., “Juzgando con perspectiva de género, y del niño/a...”, op. cit., págs. 118-119).

¹⁷⁰¹ STSJ de Galicia de 03/03/2020.

¹⁷⁰² STSJ de Galicia de 27/09/2017.

citomegalovirus, parvovirus y rubeola¹⁷⁰³; 12) enfermera de emergencias sanitarias en unidad móvil. Se aprecian riesgos para la madre y el niño, así como la imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo, por prestación de jornadas prolongadas de 24 horas y trabajo nocturno¹⁷⁰⁴; y 13) trabajadora social que vive en un piso de acogida. Existe riesgo específico al trabajar con adolescentes en un piso de acogida, usuarios que pueden tener enfermedades infecto contagiosas o hábitos precarios de higiene personal. Riesgo de contagio. En el mismo puesto de trabajo hubo una persona infectada por tuberculosis, lo que obligó a la revisión tanto de los menores como del personal de plantilla, así como su tratamiento médico, por haber estado en contacto con la enfermedad¹⁷⁰⁵.

En cambio, no se aprecia riesgo específico y, por tanto, no procede el reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, en los siguientes casos: 1) médica interna residente en un hospital. Inexistencia de riesgo específico, no quedó probada la existencia de riesgos laborales para la lactancia derivado del contacto con elementos químicos, bacterias, infecciones cutáneas y factores similares¹⁷⁰⁶; 2) educadora infantil, en la que se determina falta de prueba de la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con su actividad y la situación de lactancia natural, aun cuando constan los riesgos genéricos¹⁷⁰⁷; 3) auxiliar de odontología. No se detectan riesgos específicos para la lactancia natural. En el informe emitido por el Servicio de Prevención se establece que la trabajadora podría estar expuesta en el contacto con los pacientes, a los agentes biológicos de "Citomegalovirus" y "VIH", que pueden transmitirse por leche materna. Sin embargo, toman como referencia la Guía de Valoración de Riesgos Laborales en el Embarazo y Lactancia en Trabajadoras del Ámbito Sanitario, elaborada por la Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el Ámbito Sanitario, que clasifica los puestos de trabajo según categorías de exposición. En el supuesto concreto, atendiendo a esa clasificación, nos encontramos con una auxiliar de odontología con actividad asistencial y, por tanto, con una categoría de exposición "B", para la que no existe ninguna restricción en caso de lactancia natural. Este hecho fue determinado para determinar el sentido del fallo¹⁷⁰⁸; 4) ATS destinada en Unidad de Cuidados Avanzados. No queda demostrado que se encuentre expuesta al riesgo de radiaciones ionizantes, ni el uso de medicaciones nebulizadas, no existiendo tampoco especiales riesgos de exposición a agentes biológicos, más allá de lo cotidiano para cualquier personal sanitario.

¹⁷⁰³ STSJ de Asturias de 23/06/2020.

¹⁷⁰⁴ STS de 27/01/2021 y STSJ de Castilla y León de 20/02/2019.

¹⁷⁰⁵ STSJ del País Vasco de 21/02/2019.

¹⁷⁰⁶ STSJ de Madrid de 22/02/2019.

¹⁷⁰⁷ STSJ de Madrid de 16/06/2017.

¹⁷⁰⁸ STSJ de Galicia de 10/01/2019.

Consideran mínimo el riesgo de infección¹⁷⁰⁹; 5) ATS/DUE con puesto de trabajo en el área de urgencias. No concurren riesgos específicos que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora¹⁷¹⁰; 6) auxiliar de enfermería. No hay riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural¹⁷¹¹; 7) ATS/DUE en UVI móvil. No hay concurrencia de riesgos específicos, ni en relación con las concretas actividades del puesto de trabajo ni con el hecho de que la demandante trabaje a turnos, incluido el nocturno¹⁷¹²; 8) educadora en una casa familiar. No se aprecian condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la de su hijo¹⁷¹³; 9) celadora en la que se evidencia ausencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural¹⁷¹⁴; 10) gerente de un restaurante. Inexistencia de riesgos para el normal desarrollo del proceso de lactancia, pues únicamente conlleva desarrollar funciones administrativas y de gestión empresarial¹⁷¹⁵; 11) vigilante de seguridad en el que no se ha acreditado la existencia de riesgos específicos para la lactancia natural¹⁷¹⁶; y 12) técnico especialista en radiología. No basta con identificar unos riesgos genéricos, sino que se requiere la identificación, valoración y acreditación de riesgos específicos del puesto de trabajo en relación a la situación de lactancia¹⁷¹⁷.

Por último, precisar que, delimitar la prestación por riesgo durante la lactancia natural en base a la especificidad de los riesgos y a la evaluación de riesgos de acuerdo a los criterios de la Directiva 92/85/CEE, es una tarea muy compleja, que no se ha visto facilitada por el marco normativo que le afecta. Sin embargo, la evolución que ha experimentado en los últimos años la doctrina jurisprudencial, ha supuesto una notable mejoría en la interpretación de las normas, concibiéndolas como más protectoras y acordes con el derecho a la igualdad y no discriminación¹⁷¹⁸. Así, en nuestra opinión, es un acierto la exigencia de elaborar una evaluación de riesgos específica, que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora lactante al objeto de verificar la lesividad de los riesgos a los que está expuesta y, en el supuesto

¹⁷⁰⁹ STSJ de Asturias de 06/02/2018.

¹⁷¹⁰ STSJ de Asturias de 22/03/2018, STSJ del País Vasco de 25/04/2017 y STSJ de la Comunidad Valenciana de 30/11/2017.

¹⁷¹¹ STSJ de Andalucía de 22/02/2018.

¹⁷¹² SSTSJ del País Vasco de 16/01/2018 y 08/05/2018.

¹⁷¹³ STSJ de Galicia de 26/11/2018.

¹⁷¹⁴ STSJ de Andalucía de 01/03/2018.

¹⁷¹⁵ STSJ de las Islas Canarias de 17/03/2020.

¹⁷¹⁶ STSJ del País Vasco de 31/01/2017.

¹⁷¹⁷ STSJ de las Islas Baleares de 13/02/2012.

¹⁷¹⁸ AMAADACHOU KADDUR, F., "Unificación de doctrina...", op. cit., pág. 150.

que no se realizara de esta forma, podría declararse una situación de discriminación directa por razón de sexo¹⁷¹⁹.

4.6.3. Beneficiarias y requisitos para el acceso a las prestaciones

Son beneficiarias de las prestaciones económicas por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural, las trabajadoras por cuenta ajena que cumplan los siguientes requisitos:

1. **Suspensión del contrato:** que el contrato de trabajo se encuentre en situación de suspensión por alguna de las contingencias establecidas en el art. 26 LPRL y en el art. 45.1 e) LET.
2. **Afiliación y alta:** que esté afiliada y en alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social en la fecha en que se inicie dicha suspensión (requisitos comunes al resto de prestaciones). Se consideran de pleno derecho en situación de alta a efectos de la obtención de la prestación, aunque su empresa hubiera incumplido sus obligaciones. A diferencia de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, no será posible acceder desde la situación de asimilada al alta, referida a una situación de inactividad que, como es evidente, no puede tener un origen laboral. Este requisito deberá cumplirse en el mismo momento en el que la trabajadora tenga suspendido su contrato por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural de acuerdo a la LET.

A diferencia de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, el subsidio por estas contingencias profesionales, no exige acreditar un periodo mínimo de cotización, previo a la suspensión del contrato. La LOIMH configuró ambas prestaciones como contingencias de origen profesional.

Como particularidad de la prestación por riesgo durante el embarazo, es preciso recordar que la LCVFL sí estableció este periodo mínimo de carencia, requisito que fue eliminado por la LOIMH. Así, desaparecía una situación perjudicial para la trabajadora que, llegado el caso, podía estar expuesta a un riesgo profesional de consecuencias negativas para su embarazo y, sin embargo, no podía acceder a la prestación por no tener el período mínimo de cotización exigido¹⁷²⁰. En ese caso, se producía una desvirtuación de la finalidad de la norma, incumpléndose el art. 26 LPRL. Para una parte de la doctrina científica se reguló de forma equivocada al exigir este período de carencia, pudiendo provocar situaciones de desamparo de la trabajadora¹⁷²¹,

¹⁷¹⁹ Opinión que se comparte en AMAADACHOU KADDUR, F., "Unificación de doctrina...", op. cit., pág. 151.

¹⁷²⁰ SÁNCHEZ CASTILLO, M.M., "La protección de la maternidad...", op. cit., pág. 229.

¹⁷²¹ MORENO GENÉ, J., ROMERO BURGUILLO, A.M., PARDELL VEA, A., "La prestación por riesgo durante el embarazo: a propósito del Real Decreto 1251/2001 de 16 de noviembre", Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 228, 2002, pág. 19.

interpretándose como una penalización hacia las mismas¹⁷²². Así, por ejemplo, “si el riesgo para la embarazada se detectara en el primer mes de la gestación, exigir seis meses previos de cotización, da un resultado superior en, al menos, tres meses a los doce establecidos por la Directiva y, de este modo, un período de desprotección superior al tolerado por la citada Directiva 92/85”¹⁷²³.

Asimismo, como particularidad de la prestación por riesgo durante la lactancia, parece obvio recordar que la madre debe estar lactando al menor de forma natural, no siendo válido el proceso artificial. Podría ser causa de no reconocimiento de la prestación si la trabajadora no acredita este hecho mediante un certificado médico¹⁷²⁴. Sin embargo, “no exige la norma que, periódicamente, la trabajadora deba acreditar que sigue con la lactancia natural. De la dicción normativa lo que se presume es, justamente, lo contrario (...) que la situación de lactancia natural sigue salvo prueba en contrario; lógicamente, a cargo de quien pretenda acreditarlo”. Es más, al regular las causas de extinción de la prestación, “la norma omite establecer que constituye causa de extinción el abandono de la lactancia natural, aunque parece lógico deducir que pondrá fin al disfrute de la prestación el abandono de la lactancia natural y su sustitución por otro tipo de alimentación; circunstancias que, en todo caso, deberán ser probadas por quien las alegue”¹⁷²⁵.

4.6.4. Prestaciones económicas: cuantía, cálculo, gestión y pago

La prestación económica por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural, consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. Ésta, es la equivalente a la que está establecida para la prestación por IT derivada de contingencias profesionales o, en su caso, equivalente a la establecida para la prestación por IT derivada de contingencias comunes, cuando el régimen de que se trate no contemple la cobertura de las contingencias profesionales (REEH), tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo. La base reguladora para estas prestaciones se obtiene por la suma de: 1) la base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior, sin horas extraordinarias, dividida por el número de días a que corresponda dicha cotización; y 2) la cotización por horas extraordinarias del año natural anterior, dividida entre 365

¹⁷²² TARANCÓN PÉREZ, E., “La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción y acogimiento”, en obra col. “Mujer y Trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2003, pág. 66.

¹⁷²³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “Situación protegida y prestación económica por riesgo durante el embarazo” Carta Laboral, núm. 39, 2000, pág. 5.

¹⁷²⁴ PEÑA GARCÍA, M.V., “Riesgo durante...”, op. cit., pág. 74, en referencia a la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24/10/2012.

¹⁷²⁵ STS de 24/04/2019. Sobre esta sentencia, véase comentario en SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo...(2019)”, op. cit., págs. 823-824.

días, salvo que la antigüedad en la empresa sea inferior, en cuyo caso, se expresará el número de días de alta laboral en la empresa excluidos los del mes de la baja.

Como particularidad de la prestación por riesgo durante el embarazo, es preciso recordar que la LCVFL la configuró inicialmente como un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente¹⁷²⁶. A tal efecto, la base reguladora era la equivalente a la que estuviera establecida para la prestación de IT, derivada de contingencias comunes. Sin embargo, la entrada en vigor de la LOIMH estableció tres importantes modificaciones en cuanto a esta prestación: a) tendría naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, no de comunes, como hasta el momento; b) se incrementaba el porcentaje de la base reguladora, pasando del 75% al 100%, produciéndose un salto cuantitativo importante respecto al cálculo de la prestación¹⁷²⁷; y c) la gestión y el pago de la prestación económica correspondería a la entidad gestora o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social, según el caso.

Sobre la cuantía de esta base reguladora y su fórmula para el cálculo, nos planteamos una situación concreta en la que, una trabajadora que se encuentre ejerciendo el derecho de reducción de jornada por guarda legal de menor de 12 años, *¿vería incrementadas sus cotizaciones hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción de jornada?* Para responder a esta cuestión, acudimos al art 237.3 LGSS, que establece que las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor (art. 37.6 LET), se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Es decir, este precepto no contempla esta mejora para la prestación por riesgo durante el embarazo ni para el caso de riesgo durante la lactancia natural. Por lo que, parece evidente que, a tenor del literal del artículo, la trabajadora no verá incrementada sus cotizaciones debiendo realizar el cálculo de la base reguladora de acuerdo a la cotización realmente efectuada (con reducción de jornada), como así pone de manifiesto la STSJ de Cataluña de 03/06/2019. Es interesante transcribir el punto de vista del tribunal, que valora como posible “torpe olvido del legislador” no incluir la prestación de riesgo durante el embarazo y afirma que “sería conveniente y necesaria la inclusión entre las prestaciones que gozan del beneficio (...) la de riesgo durante el embarazo, porque no alcanzamos a descubrir la causa del tratamiento no homogéneo respecto de otras situaciones establecidas con igual teleología (...), como la reducción

¹⁷²⁶ La Enmienda núm. 25, firmada por el Grupo Parlamentario Mixto Nueva Izquierda, la Enmienda núm. 63, firmada por el Grupo Socialista del Congreso y la Enmienda núm. 93, firmada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, proponían el 100 por 100 de la base reguladora. Entendían que no existía argumento alguno para tratar de manera distinta al proporcionado por la norma a la prestación por maternidad. Fueron rechazadas (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 29/06/1999).

¹⁷²⁷ SÁNCHEZ CASTILLO, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 231.

por lactancia u hospitalización, pero desgraciadamente, no nos habilita para realizar interpretación integradora o creadora, contraviniendo la tozudez de la literalidad del precepto querido por el legislador, sustituyéndolo”^{1728 1729}.

En el supuesto del REEH, la base reguladora para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, es el resultado de dividir el importe de la base de cotización de la trabajadora 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 (este divisor será concretamente: 30, si la trabajadora tiene salario mensual; 30, 31, 28 o 29 si tiene salario diario)¹⁷³⁰.

La base reguladora, en principio, se mantiene inalterable durante toda la duración de la suspensión del contrato, salvo por las siguientes circunstancias: a) cuando la base reguladora coincida con las bases de cotización mínimas o máximas y se produzcan alzas en éstas últimas, también se producirá un incremento de la base reguladora; b) cuando por sentencia judicial se reconozca una base de cotización superior; y c) cuando se produzca un incremento de salarios de la trabajadora, en virtud de norma legal, convencional o resolución judicial que “retrotraigan sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del hecho causante”¹⁷³¹.

La gestión y el pago de la prestación corresponden a la entidad gestora o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales en el momento de la suspensión del contrato, con independencia de que durante la mencionada situación se produzca un cambio de la entidad. El pago se realiza por periodos mensuales vencidos y siempre desde el mismo día de la suspensión del contrato, con independencia de la fecha de la presentación de la solicitud de prestación¹⁷³².

En cuanto a quién debe hacerse cargo del pago, el art. 11 de la Directiva 92/85/CEE, planteaba dos alternativas: 1) la empresa debe mantener la remuneración¹⁷³³; o 2) el Estado debe otorgar una prestación social. Se optó por la segunda opción. Así, el Sistema de la Seguridad Social asume el coste de esta prestación de origen profesional a través del pago de un subsidio. Los motivos parecen claros: 1) evitar que la empresa asumiera el pago de salario por un trabajo que no se

¹⁷²⁸ Fundamento de Derecho Segundo STSJ de Cataluña de 03/06/2019.

¹⁷²⁹ Sobre la STSJ de Cataluña de 03/06/20169, véase comentario en SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo...(2019)”, op. cit., págs. 821-823.

¹⁷³⁰ Art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁷³¹ SÁNCHEZ CASTILLO, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 232.

¹⁷³² STSJ de Castilla y León de 16/03/2020 y STSJ de las Islas Baleares de 15/10/2002.

¹⁷³³ Postura defendida por MORENO GENÉ, J., ROMERO BURGUILLO, A.M., PARDELL VEA, A., “La prestación por riesgo...” op. cit., pág. 6; y MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos...” op. cit., pág. 265.

estaba realizando; y 2) evitar que, a consecuencia del coste empresarial se originara un obstáculo en la contratación y permanencia en el trabajo de mujeres en edad fértil¹⁷³⁴. En nuestra opinión, se trata de una medida que valoramos de forma positiva, puesto que, en caso contrario, las consecuencias podrían ser muy perjudiciales para el acceso de las mujeres al mercado de trabajo. En el mismo sentido, no estamos de acuerdo en determinados argumentos en los que se plantean fórmulas mixtas de asunción del coste por ambas partes, manteniéndose esta situación perjudicial para las mujeres en edad fértil¹⁷³⁵.

4.6.4.1. Particularidades en los cálculos de las prestaciones

A) Situaciones de pluriempleo

En las situaciones de pluriempleo se tendrán en cuenta las siguientes particularidades:

- Cuando la suspensión del contrato se declare en todas las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, para la determinación de la base reguladora se computan todas sus bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización.
- Si la suspensión del contrato se declara en una o en algunas de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no en todas, en el cálculo de la base reguladora del subsidio sólo se toma las bases de cotización correspondientes a las empresas en las que se produce la suspensión del contrato, aplicando a estos efectos el límite que corresponda a la fracción o fracciones del tope máximo que aquéllas tengan asignado.

B) Situaciones de pluriactividad

En los supuestos en que la trabajadora realice simultáneamente actividades incluidas en varios regímenes del sistema de la Seguridad Social, se tendrán en cuenta las siguientes particularidades:

- Cuando la situación de riesgo afecte a todas las actividades desempeñadas, tendrá derecho al subsidio en cada uno de los regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos.

¹⁷³⁴ SÁNCHEZ CASTILLO, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., págs. 212-213.

¹⁷³⁵ Planteamientos defendidos por MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos...”, op. cit., pág. 265, en referencia a LÓPEZ GANDÍA, J., BLASCO LAHORZ, J.F., “Curso de prevención de riesgos laborales”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

- Cuando la situación de riesgo afecte a una o a alguna de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no a todas, únicamente tendrá derecho al subsidio en el régimen en el que estén incluidas las actividades en que exista dicho riesgo.

La percepción de las prestaciones es compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que la trabajadora ya viniera desempeñando con anterioridad o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

C) Trabajadoras contratadas a tiempo parcial

Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tienen derecho a estas prestaciones con determinadas particularidades, en cuanto a la base reguladora y el abono de la prestación. Así, la base reguladora diaria es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo. De ser menor la antigüedad de la trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan.

D) Trabajadoras contratadas para la formación

La base reguladora es equivalente al 75 por 100 de la base mínima de cotización vigente.

E) Colectivos de artistas y de profesionales taurinos

Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, la base reguladora es el promedio diario que resulte de dividir por 365 la suma de las bases de cotización de los doce meses anteriores al hecho causante, o el promedio diario del periodo de cotización que se acredite, si éste es inferior a un año. En ningún caso, el promedio diario que resulte podrá ser inferior, en cómputo mensual, a la base mínima de cotización que en cada momento corresponda a la categoría profesional de la trabajadora.

4.6.5. Dinámica de las prestaciones

4.6.5.1. Nacimiento, duración y extinción de los derechos

Las prestaciones económicas nacen el día en que se inicia la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural, en su caso. Se abonan durante el periodo de suspensión que sea necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora, del feto y/o de su hijo.

La prestación por riesgo durante el embarazo finaliza el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado biológico. Es decir, la duración máxima se produce en el momento en el que la trabajadora pasa a la situación de suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor, marcada por el parto.

La prestación por riesgo durante la lactancia natural finaliza el día en el que el menor alcanza la edad de nueve meses o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado biológico. Es decir, la duración máxima se produce en el momento en el que el menor cumple nueve meses de edad.

Sobre la duración máxima de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, hay que precisar que diferentes estudios internacionales ponen de manifiesto que se debe proteger, fomentar y apoyar la lactancia natural en exclusiva durante los seis primeros meses de edad del niño y complementarla con otros alimentos hasta que, al menos, el niño cumpla los dos años de edad¹⁷³⁶. Si se trata de una medida de la que, según estos estudios, se obtienen grandes beneficios tanto para la madre como para el lactante, probablemente muchas madres opten por su ejercicio. Así, ante el supuesto de una madre que opte por adoptar esta recomendación de los expertos y se le reconozca la prestación por riesgo durante la lactancia natural, *¿qué sucedería cuando el menor cumpliera los nueve meses de edad?* En términos jurídicos es clara la respuesta, que pasa por la extinción de la prestación económica al producirse uno de los supuestos que establece el marco normativo. Sin embargo, si la madre continúa su trabajo en las mismas condiciones que antes de la suspensión del contrato por riesgo y se reincorpora a su puesto de trabajo en las mismas condiciones, el riesgo para la lactancia y para el menor estarían presentes, aunque el menor tuviera una edad superior a nueve meses. Pocas opciones le quedarían a la madre entonces que, probablemente se vería obligada a retirar la lactancia natural a su hijo, puesto que, en caso contrario, estaría exponiéndolo a probables efectos negativos para su salud.

¹⁷³⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño”, Ginebra, 2003. Enlace: <https://bit.ly/3hc9a>. En el mismo sentido, COMITÉ DE LACTANCIA MATERNA DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, “Lactancia materna en cifras: tasas de inicio y duración de la lactancia en España y en otros países”, Madrid, 2006. Enlace: <https://bit.ly/3h6CVsQ>.

Por ello, en nuestra opinión, el legislador debería contemplar la posibilidad de aumentar la duración de la prestación por riesgo durante la lactancia natural en un período de tiempo razonable. Así, si el legislador ha establecido como razonable la ampliación del periodo de disfrute de la reducción de jornada para el cuidado del lactante hasta los doce meses de edad del menor (Real Decreto-ley 6/2019), *¿por qué no se puede hacer extensiva esta ampliación a los casos de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural?* Bien es cierto, que el origen y las finalidades de ambos derechos son totalmente diferentes, pero en nuestra opinión, tan importante es la corresponsabilidad en el cuidado del menor por ambos progenitores, como la protección de la salud del hijo durante la lactancia natural. Así, si el legislador de los últimos años ha entrado en la dinámica de mejora y ampliación de derechos relacionados con la maternidad y paternidad, bien estaría realizar un planteamiento de mejora de esta prestación por riesgo durante la lactancia natural y ampliar su duración hasta los doce meses de edad del hijo.

Asimismo, es importante preciar que durante el percibo de estas prestaciones continua la obligación de cotizar (art. 144.4 LGSS).

En el caso de trabajadoras a tiempo parcial, se abona durante todos los días naturales en que se mantenga la suspensión del contrato.

Son causas comunes directas de extinción del derecho a estas prestaciones, las siguientes:

- 1. Reincorporación laboral:** de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior o a otro compatible con su estado biológico. En este caso, la extinción se producirá el día anterior al de dicha reincorporación.
- 2. Extinción del contrato de trabajo:** en virtud de las causas legalmente establecidas. Extinguido el contrato, la situación de riesgo desaparece.
- 3. Fallecimiento de la trabajadora:** causa lógica y común a todas las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social.

Particularmente, la prestación por riesgo durante el embarazo se podrá extinguir, además de por las causas comunes enumeradas en el párrafo anterior, por las siguientes:

- 1. Suspensión del contrato de trabajo:** por nacimiento y cuidado de menor.
- 2. Interrupción del embarazo:** desaparece uno de los presupuestos jurídicos para el nacimiento del derecho a la prestación. Ante esta causa, distinguimos dos supuestos: 1) interrupción del embarazo por parto prematuro con resultado de muerte del hijo, en cuyo caso la trabajadora pasaría a percibir la prestación por nacimiento y cuidado de menor; y 2) interrupción del embarazo por aborto espontáneo, en cuyo caso la trabajadora pasaría a percibir la prestación de IT por

contingencias comunes o profesionales, en el caso de que tuviera un origen laboral (accidente de trabajo).

Particularmente, la prestación por riesgo durante la lactancia natural se podrá extinguir, además de por las causas comunes enumeradas en un párrafo anterior, por las siguientes:

- 1. Cumplimiento de edad:** que el hijo lactante cumpla los nueve meses de edad.
- 2. Interrupción:** de la lactancia natural.
- 3. Fallecimiento:** del hijo lactante.

En cualquier caso, la trabajadora y la empresa están obligadas a comunicar a la entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la extinción del derecho a estas prestaciones.

4.6.5.2. Reconocimiento, denegación, anulación y suspensión de los derechos

El reconocimiento del derecho a estas prestaciones corresponde a la entidad gestora o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social con la que tenga concertada la empresa la cobertura de las contingencias profesionales.

Particularmente, los tribunales de justicia han venido interpretando que procede el reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia natural en los casos en los que la trabajadora se encuentre en situación de excedencia voluntaria, siempre que se solicite durante la situación de suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor y, por tanto, con anterioridad al inicio de la situación de excedencia. Ese abono prestacional es ajeno a –y compatible con– los efectos de la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (situación de excedencia voluntaria), que son comunes a todas las causas de suspensión del contrato de trabajo, entre ellas la de riesgo durante la lactancia natural de un menor nueve meses¹⁷³⁷. En este caso concreto, el tribunal considera que la trabajadora (conductora en ambulancia de soporte vital básico) al realizar su actividad laboral a turnos y en horario nocturno se encuentra en un caso semejante al de las tripulantes de cabina de pasajeros de aeronaves y, como reconoció el TS en sus sentencias de 24/04/2012 y 21/06/2012 y 22/11/2012, también en este caso la trabajadora debe percibir la prestación por riesgo durante la lactancia natural ya que por las circunstancias en que la actora presta su trabajo no está en condiciones de realizar la toma directa de leche con la

¹⁷³⁷ STSJ del País Vasco de 21/04/2015. Véase comentario de la misma en PALOMINO SAURINA, P., “Posibilidad de percibir una prestación por riesgo durante la lactancia natural durante una situación de excedencia voluntaria (Comentario de la sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de abril de 2015)”, *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2016, págs. 145-149.

periodicidad requerida ni es posible extraerla y conservarla en las debidas condiciones para su toma diferida¹⁷³⁸.

El derecho a la prestación podrá ser denegado, anulado o suspendido en los siguientes supuestos:

- 1. Fraude:** cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio, como causa común a todas las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social. Se trata de una cusa de difícil ejecución, puesto que, debido a la complejidad del proceso de obtención de estas prestaciones, a los diferentes agentes que intervienen (incluido el servicio de PRL) y a los controles que se han establecido, hacen poco probable el fraude en esta prestación¹⁷³⁹. En cualquier caso, todas estas actuaciones se entenderían como contrarias a la buena fe de la trabajadora.
- 2. Trabajo remunerado:** cuando realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, salvo las situaciones de pluriactividad anteriores al comienzo del percibo de la prestación y que, lógicamente, no conlleve riesgo alguno.
- 3. Trabajadora en ERTE:** una trabajadora incluida en un expediente de regulación temporal de empleo, no puede percibir la prestación por riesgo durante el embarazo. Así lo reconoce la STSJ de Madrid de 30/10/2020, en la que se afirma que, ante la inexistencia de actividad empresarial y no poderse prestar servicios, no existe actividad alguna que implique un riesgo; y sin riesgo, no hay prestación. Por ello, la trabajadora ve suspendida su prestación por riesgo durante el embarazo, durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo debido al expediente de regulación de empleo¹⁷⁴⁰.

El derecho a la prestación se suspenderá durante los periodos entre temporadas para las trabajadoras fijas discontinuas, en tanto no se produzca el nuevo llamamiento.

La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión del derecho al subsidio.

¹⁷³⁸ Véase comentario de estas sentencias en BENAVENTE TORRES, I., "El riesgo durante el embarazo...", op. cit., págs. 85-86.

¹⁷³⁹ SÁNCHEZ CASTILLO, M.M., "La protección de la maternidad...", op. cit., pág. 249.

¹⁷⁴⁰ Sobre esta sentencia, véase DIARIO LA LEY, "Se suspende el cobro de la prestación por riesgo durante el embarazo cuando la trabajadora es incluida en un ERTE", núm. 9.806, Sección Jurisprudencia, 9 de marzo de 2021, Wolters Kluwer.

4.6.6. Incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural

Cuando la trabajadora se encuentre en situación de IT y, durante la misma, solicite la prestación por riesgo durante el embarazo o la prestación por riesgo durante la lactancia natural, no procederá el reconocimiento hasta que se extinga la situación de IT por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas. En estos supuestos, se produce una falta de prueba de la existencia de un riesgo específico íntimamente relacionado con las condiciones de trabajo, como así ha sido puesto de manifiesto en numerosas resoluciones de los tribunales de justicia¹⁷⁴¹. Y al contrario, cuando la trabajadora se encuentre en cualquiera de las dos situaciones de riesgo y durante la misma solicite la prestación por IT, no procederá el reconocimiento de ésta hasta la finalización de la situación de riesgo, si reúne en ese momento los requisitos necesarios para acceder a la IT.

Por tanto, se trata de una incompatibilidad de prestaciones y no de situaciones concretas, por la que se puede solicitar la prestación por riesgo con posterioridad al inicio de una situación previa de IT¹⁷⁴². Los tribunales así lo reconocen con descuento de la IT cuando la prestación por riesgo durante el embarazo se solicita a los pocos días de inicio de la IT¹⁷⁴³. Así, “no cabe invocar como causa genérica de denegación de la prestación (...) la previa situación de baja de la trabajadora por contingencias comunes, pues esté en activo o de baja por incapacidad temporal, siempre que la actividad laboral constituya o haya constituido un riesgo para la salud de la madre o del feto se habrá generado el derecho a esta prestación”¹⁷⁴⁴.

Sin embargo, como hemos detectado, la postura de los tribunales no es unánime y se producen fallos judiciales en sentido contrario, destacando que, por ejemplo, para los casos de riesgo durante la lactancia natural, únicamente se tiene derecho a la prestación, si el alta médica por IT, se produce antes de que el menor cumpla los nueve meses de edad¹⁷⁴⁵. Y ello se argumenta en base a que, si la trabajadora no puede incorporarse a su puesto, es imposible que quede expuesta a los riesgos para la

¹⁷⁴¹ SSTTSJ de Andalucía de 07/09/2017, de Cataluña de 10/01/2013, de Extremadura de 27/07/2010, de Castilla La Mancha de 30/09/2010, de Andalucía de 03/12/2009, de Asturias de 25/05/2007 y de las Islas Canarias de 29/09/2005.

¹⁷⁴² Postura defendida por BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo...”, op. cit., págs. 141-147, denominada por la autora como “objetivadora de la prestación”. Véase interesante estudio que realiza con relación a la compatibilidad entre la IT y la prestación por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, explicando las dos posturas contradictorias que mantienen los tribunales de justicia.

¹⁷⁴³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 06/05/2014.

¹⁷⁴⁴ STSJ de Asturias de 08/01/2010.

¹⁷⁴⁵ STSJ de las Islas Canarias de 12/01/2018 y STSJ de Madrid de 24/04/2017. Sobre la STSJ de las Islas Canarias de 12/01/2018, véase DIARIO LA LEY, “La prestación por riesgo durante la lactancia no es compatible con la de incapacidad temporal”, núm. 9.272, Sección Jurisprudencia, 4 de octubre de 2018, Wolters Kluwer.

lactancia derivados de la ejecución del trabajo, siendo este el único riesgo potencial de carácter laboral que justifica la prestación.

Cuando el contrato de trabajo se extinga por alguno de los supuestos siguientes (art. 267.1 a) LGSS), ambas prestaciones se extinguirán, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación:

- a)** En virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el art. 51 LET, o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.
- b)** Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato de trabajo.
- c)** Por despido. En el supuesto previsto en el artículo 111.1.b) LRJS (Efectos del recurso contra la sentencia de declaración de improcedencia del despido), durante la tramitación del recurso contra la sentencia que declare la improcedencia del despido, la trabajadora se considerará en situación legal de desempleo involuntario con derecho a percibir las prestaciones por desempleo, siempre que se cumplan los requisitos exigidos legalmente, en función de los períodos de ocupación cotizada acreditados.
- d)** Por extinción del contrato por causas objetivas.
- e)** Por resolución voluntaria por parte de la trabajadora, en los supuestos previstos en los arts. 40 (movilidad geográfica), 41.3 (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo), 49.1.m) (cuando la trabajadora se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género) y 50 LET (extinción por voluntad de la trabajadora por cualquiera de las causas previstas en este artículo).
- f)** Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia de la trabajadora. En el supuesto previsto en el art. 147 LRJS y sin perjuicio de lo señalado en el mismo, las trabajadoras se entenderán en la situación legal de desempleo, por finalización del último contrato temporal y la entidad gestora les reconocerá las prestaciones por desempleo si reúnen el resto de los requisitos exigidos.
- g)** Por resolución de la relación laboral durante el período de prueba a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en los puntos anteriores o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción.

4.6.7. Procedimiento para el reconocimiento de los derechos

El procedimiento se inicia a instancia de la interesada, mediante un informe que deberá solicitarse al facultativo del Servicio Público de Salud. Dicho informe acreditará la situación de embarazo y la fecha probable del parto o, en su caso, la situación de lactante. Esta información es la única sobre la que podría informar el facultativo, puesto que no tiene elementos de juicio sobre la influencia de las condiciones de trabajo en el estado biológico de la trabajadora¹⁷⁴⁶. La trabajadora, con el citado informe acompañado de un certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, solicitará la emisión de la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 26 LPRL, ante la entidad gestora o colaboradora que corresponda.

Esta certificación médica será expedida por la Inspección de Servicios Sanitarios del Servicio Público de Salud u órgano equivalente de las comunidades autónomas que hayan asumido las transferencias en materia sanitaria. Será de tramitación preferente y constará de un original y dos copias. Se entregará a la trabajadora el original y una copia con destino a la empresa, quedándose la otra copia en poder del servicio médico. En este sentido, la entidad gestora o colaboradora responsable de la gestión y pago de la prestación, podrá solicitar la aportación de la evaluación inicial del riesgo del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora, así como la relación de puestos de trabajo exentos de riesgo, según lo establecido respectivamente en los arts. 16.2 y 26.2 LPRL¹⁷⁴⁷. En nuestra opinión, igualmente el legislador debería haber incluido la opción de solicitar la evaluación de riesgos adicional, puesto que en ella se tienen en cuenta los factores personales y concretos de la mujer con relación a su trabajo, y que en muchas ocasiones aportan información más concisa y clarificadora sobre los riesgos a los que está expuesta la trabajadora.

Al objeto de valorar de manera homogénea la existencia de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, el Ministerio de Trabajo y Economía Social elaborará las correspondientes guías en las que se definan los riesgos que pueden derivar del puesto de trabajo, y en las que se recogerá una relación no exhaustiva de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden influir de forma negativa en la salud de las trabajadoras o del feto, en caso de embarazo, y en la de la madre o en la del hijo, en supuestos de lactancia natural¹⁷⁴⁸.

En el caso que la entidad gestora o colaboradora considere que no se produce la situación de riesgo, denegará la expedición de la certificación médica, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la

¹⁷⁴⁶ NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., "Políticas de tutela...", op. cit., pág. 56.

¹⁷⁴⁷ Disposición adicional segunda del Real Decreto 295/2009.

¹⁷⁴⁸ Disposición adicional tercera del Real Decreto 295/2009.

correspondiente prestación. Una vez certificado el riesgo, si no ha sido posible el cambio de puesto de trabajo, la empresa declarará a la trabajadora afectada en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Para el reconocimiento del subsidio, la trabajadora presentará la solicitud a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora de la provincia en que aquélla tenga su domicilio, o ante la mutua colaboradora con la Seguridad Social que le corresponda. Las solicitudes se formularán, en su caso, en los modelos establecidos al efecto y deberán contener los datos y circunstancias que establece el art. 66 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Asimismo, a la solicitud deberán acompañarse preceptivamente los documentos siguientes:

- a) **Certificación médica:** sobre la existencia de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, en aquellos casos en los que no obre en poder de la entidad gestora o colaboradora.
- b) **Declaración de la empresa:** sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora o, cuando estos existan, sobre la imposibilidad, técnica u objetiva, de realizar el traslado correspondiente, o que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. De igual modo, se deberá reflejar también la fecha en la que la trabajadora ha suspendido la relación laboral.

La declaración irá acompañada de informe sobre estos particulares, emitido por el servicio de prevención propio de la empresa, siempre que cuente con la especialidad preventiva de vigilancia de la salud, o por la entidad especializada que desarrolle para la empresa, en base al correspondiente concierto, las funciones de servicio de prevención ajeno.

- c) **Certificado de empresa:** en el que conste la cuantía de la base de cotización de la trabajadora por contingencias profesionales correspondiente al mes anterior al del inicio de la suspensión del contrato de trabajo y, en su caso, las cantidades de percepción no periódica abonadas a la trabajadora durante el año anterior a la fecha de suspensión del contrato.

Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos la certificación deberá tener en cuenta que la base reguladora será el promedio diario que resulte de dividir por 365 la suma de las bases de cotización de los doce meses anteriores al hecho causante, o el promedio diario del periodo de cotización que se acredite, si éste es inferior a un año.

En los casos de trabajadoras a tiempo parcial, deberá reflejarse la cuantía de la base de cotización correspondiente a los tres meses anteriores a la suspensión del contrato.

Asimismo, deberá constar expresamente en la declaración la cotización por realización de horas extraordinarias en el año anterior al inicio de la suspensión laboral.

A la vista de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos formales, hechos y condiciones exigidos para acceder a la prestación, la entidad gestora dictará resolución expresa que se notificará en el plazo de treinta días contados desde la recepción de la solicitud de la interesada, a efectos del reconocimiento del derecho a la prestación económica por riesgo.

Cuando no se reconozca inicialmente el derecho a la prestación económica por riesgo, por no concurrir la situación protegida, se informará a la interesada, si procede, la fecha a partir de la cual podrá reconocerse la prestación, teniendo en cuenta la certificación médica sobre la existencia de riesgo y la evolución en el estado de gestación, en relación con el riesgo específico derivado del puesto de trabajo. En consecuencia, en estos casos, no será necesaria una nueva solicitud sino, tan sólo, la aportación de la documentación establecida en los párrafos b) y c) anteriores.

Particularmente, para los casos de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, hay que precisar que, cuando no se reconozca inicialmente el derecho a esta prestación, por denegación por parte de la entidad gestora o mutua colaboradora con la Seguridad Social, los tribunales de justicia podrán acordar la adopción de medidas cautelares, como la “suspensión del contrato de trabajo por riesgo para la lactancia natural hasta tanto se dicte sentencia (...) y en todo caso, hasta que el menor cumpla los nueve meses de edad”, así como reconocer el “derecho a la percepción cautelarmente de la prestación por riesgo durante la lactancia natural a cargo de la mutua”¹⁷⁴⁹. En cualquier caso, la denegación del derecho debe ser fundamentada en análisis objetivos y fiables que permitan demostrar la inexistencia del riesgo¹⁷⁵⁰.

Cuando se produzcan contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas con la solicitud, o concurren indicios de posible connivencia para obtener la prestación, se podrá solicitar informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a fin de que ésta manifieste su conformidad o su discrepancia en relación con las medidas adoptadas por la empresa, que puedan determinar el derecho a la prestación por riesgo. La petición de informe deberá ir acompañada de la documentación presentada.

El informe deberá ser emitido en el plazo máximo de quince días, transcurrido el cual, se podrá dictar la correspondiente resolución sin tener en cuenta el mismo, a efectos del reconocimiento o denegación de la prestación económica.

¹⁷⁴⁹ Auto del JS núm. 1 de Toledo de 29/05/2017. Sobre este auto, véase DIARIO LA LEY, “Prestación por riesgo durante la lactancia natural para las trabajadoras de las gasolineras”, núm. 9.000, Sección Jurisprudencia, 14 de junio de 2017, Wolters Kluwer.

¹⁷⁵⁰ STSJ de Galicia de 08/11/2017.

Excepcionalmente, en estos casos, el plazo de treinta días previsto inicialmente quedará suspendido hasta la recepción del informe en la entidad gestora.

En términos generales, sobre el procedimiento para el reconocimiento de estas prestaciones por riesgo, una parte importante de la doctrina científica es muy crítica con respecto a la complejidad del proceso y los excesivos controles a los que está sometido, que implica la necesaria participación de diferentes agentes y la expedición de numerosa documentación (informes y certificaciones) que, sin duda, ralentizan la gestión del procedimiento, a pesar del carácter preferente otorgado por la norma¹⁷⁵¹. Incluso algunos autores apuntan que esta excesiva burocratización, ha tenido un efecto negativo basado en la escasa utilización de estas prestaciones, en beneficio de la IT¹⁷⁵². Sin embargo, los interesantes beneficios que proporciona tanto a la trabajadora (no necesita periodo de carencia y no verá reducidos sus ingresos), como a la empresa (se ahorra los gastos de adaptación del puesto de trabajo), hacen necesaria la existencia de estos controles, para garantizar el uso adecuado de esta prestación, opinión que compartimos¹⁷⁵³.

Particularmente, para los casos de control de las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural, algunos autores critican el hecho de que no se haya realizado alguna reflexión sobre el significado que posee la regla conforme la cual las entidades responsables de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, “podrán establecer instrumentos de control periódico para una adecuada eficacia en la gestión de la prestación”. Entendiendo que no es válido este control para, por ejemplo, presumir que ha cesado la lactancia natural. Hecho diferente es que el INSS utilice este control para acreditaciones periódicas de que persiste la misma¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁵¹ Por todos, SIERRA HERNÁNIZ, E., “Prevención de riesgos...”, op. cit., pág. 126; MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos...”, op. cit., págs. 263 y ss.; BARCELÓN COBEDO, S., “La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia: comentario a la STS de 24 de abril de 2012”, vol. 5, núm. 5, 2012, págs. 275 y ss; y PEÑA GARCÍA, M.V., “Riesgo durante la lactancia natural”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 134, 2018, pág. 80. En opinión de PÉREZ ALONSO, M.A., “Informe sobre el RD 295/2009, de 6 de marzo, en materia de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia”, Aranzadi Social, núm. 3, 2009, opina que “el legislador ha tratado de cerrar el paso, muy probablemente a situaciones abusivas en el acceso a las situaciones que nos ocupan, dada su mayor cuantía respecto a la IT y su fácil acceso, al no precisarse período de carencia”.

¹⁷⁵² SÁNCHEZ CASTILLO, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 243, en referencia a MORENO GENÉ, J., ROMERO BURGUILLO, A.M., PARDELL VEA, A., “La prestación por riesgo...” op. cit., pág. 25; LOUSADA AROCHENA, J.F., “El riesgo durante el embarazo (I)”, op. cit., pág. 565; y RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., “Dimensiones jurídico-laborales...”, op. cit., pág. 164.

¹⁷⁵³ SÁNCHEZ CASTILLO, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pág. 243.

¹⁷⁵⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Presunción de lactancia natural...”, op. cit.

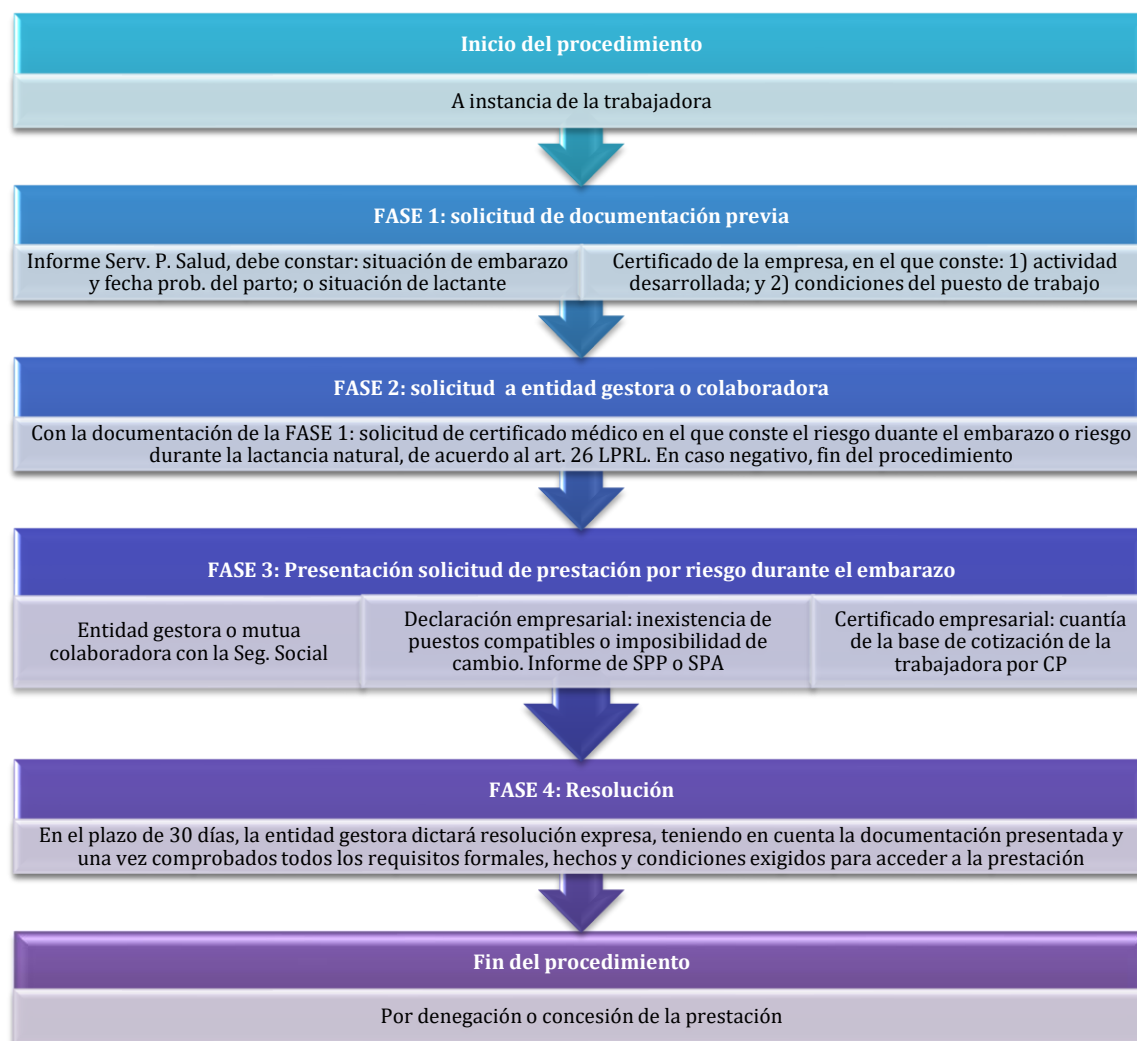


FIGURA 4.13. Esquema general con las fases del procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural.

4.7. RÉGIMEN SANCIONADOR

En materia de infracciones y sanciones, la LGSS establece que se estará a lo dispuesto en la misma y en la LISOS. Esta última, tipifica las infracciones y establece las sanciones correspondientes en materia de prestaciones de la Seguridad Social –entre otras–, asociadas a la maternidad-paternidad. Concretamente, nos vamos a centrar en los capítulos II, sobre infracciones en materia de Seguridad Social y VI, dedicado a las responsabilidades y las sanciones.

En primer lugar, sobre las infracciones, precisar que se consideran como tales las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables (personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la LISOS), contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la LISOS. Así, en función del sujeto responsable, hemos elaborado un

resumen de las principales infracciones asociadas a las prestaciones estudiadas en este *Capítulo*.

A) Infracciones de las empresas

1. Infracciones graves

- No entregar al trabajador en tiempo y forma, cuantos documentos sean precisos para la solicitud y tramitación de cualesquiera prestaciones.
- Dar ocupación, habiendo comunicado el alta en la Seguridad Social, a trabajadores, solicitantes o beneficiarios de prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena. Se excluyen, las situaciones de pluriactividad, pluriempleo y disfrute de la prestación a tiempo parcial.

2. Infracciones muy graves:

- Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad.
- Efectuar declaraciones o facilitar, comunicar o consignar datos falsos o inexactos que den lugar a que las personas trabajadoras obtengan o disfruten indebidamente prestaciones, así como la connivencia con sus trabajadores/as o con las demás personas beneficiarias para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que procedan en cada caso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos corresponda en materia de prestaciones¹⁷⁵⁵.
- Incrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan, así como la simulación de la contratación laboral para la obtención indebida de prestaciones.
- No facilitar al Organismo público correspondiente, en tiempo y forma, los datos identificativos de titulares de prestaciones sociales económicas, así como, en cuanto determinen o condicionen el derecho a percibir las, los de los beneficiarios, cónyuges y otros miembros de la unidad familiar, o los de sus importes, clase de las prestaciones y fecha de efectos de su concesión.

¹⁷⁵⁵ Párrafo modificado por la Disposición final 3.1 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. En el caso de esta infracción, la empresa responderá directamente de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la persona trabajadora, siempre que no concurra dolo o culpa de ésta.

En el supuesto de infracciones muy graves, se entenderá que la empresa incurre en una infracción por cada uno de los trabajadores que hubieran solicitado, obtenido o disfrutado fraudulentamente de las prestaciones de la Seguridad Social.

B) Infracciones de los trabajadores:

1. Infracciones leves

- No comparecer, previo requerimiento, ante la entidad gestora de las prestaciones en la forma y fecha que se determinen, salvo causa justificada.

2. Infracciones graves:

- Efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentaria establecida. Se entiende que se refiere a los trabajos iniciados con posterioridad a la prestación¹⁷⁵⁶, o a la incorporación de la trabajadora antes de que finalice el periodo de percibo de la prestación¹⁷⁵⁷.
- No comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por las entidades gestoras o colaboradoras, en los supuestos así establecidos, así como no presentar ante las mismas los antecedentes, justificantes o datos que no obren en la entidad, cuando a ello sean requeridos y afecten al derecho a la continuidad en la percepción de la prestación.
- No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación.

3. Infracciones muy graves:

- Actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas. Se

¹⁷⁵⁶ BALLESTER PASTOR, M.A., "La prestación...", op. cit., pág. 153. Así se reconoce en la STSJ de Cataluña de 18/12/2013 y la STSJ de Castilla La Mancha de 26/02/2001.

¹⁷⁵⁷ STSJ de Castilla La Mancha de 31/10/2017. Se trata de un supuesto en el que la ITSS en visita a la empresa, detecta que una trabajadora que se encontraba percibiendo la prestación por maternidad, estaba "trabajando en el escritorio con el ordenador encendido, con papeles". Se le impuso una sanción de pérdida de la prestación durante tres meses por la realización de trabajo por cuenta ajena con obligación de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas. La trabajadora incurrió en una conducta antijurídica al incumplir las condiciones establecidas para el percibo de la prestación.

trata de una práctica que, en ocasiones, la trabajadora alcanza un acuerdo con la empresa para disfrutar del descanso por nacimiento y cuidado de menor a tiempo parcial, sin comunicarlo a la entidad gestora y continuar percibiendo la prestación al 100%¹⁷⁵⁸.

- La connivencia con la empresa para la obtención indebida de cualesquiera prestaciones de la Seguridad Social. Se trata igualmente de una actuación fraudulenta, que se pone de manifiesto a través de acuerdos entre el trabajador y la empresa, para la obtención indebida de las prestaciones asociadas a la maternidad-paternidad. Así, se han detectado supuestos en los que fraudulentamente han celebrado contratos irregulares o en fraude de ley, con una empresa (en numerosos casos, de algún familiar directo), simulando una relación laboral o una situación de alta en Seguridad Social inexistente o con una base de cotización superior a la que le debía corresponder¹⁷⁵⁹.

Por último, sobre las infracciones descritas, precisar que prescriben a los cuatro años, contados desde la fecha de la infracción.

Y, en segundo lugar, en materia de responsabilidades y sanciones, la LISOS establece que las sanciones por las infracciones enumeradas en párrafos anteriores, se pueden imponer en base a tres niveles de grados: mínimo, medio y máximo, atendiendo a los siguientes criterios establecidos en la propia LISOS: 1) negligencia e intencionalidad del sujeto infractor; 2) fraude o connivencia; 3) incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección; 4) cifra de negocios de la empresa; 5) número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso; 6) perjuicio causado; y 7) cantidad defraudada.

En la TABLA 4.7 se recogen las cuantías de las sanciones que, en materia de Seguridad Social se podrán imponer.

¹⁷⁵⁸ STSJ de Castilla y León de 22/04/2010.

¹⁷⁵⁹ STSJ de Cantabria de 19/05/2016 (la STS de 14/09/2017, inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por la recurrente). Otras sentencias que fallan en el mismo sentido: STSJ de Cantabria de 09/12/2003, STSJ de Aragón de 26/09/2007, STSJ de La Rioja de 26/02/2009, SSTSJ del País Vasco de 23/06/2009 y 01/12/2009, STSJ de la Comunidad Valenciana de 02/10/2010, STSJ de Madrid de 27/05/2010, STSJ de Castilla y León de 11/07/2013, JS de Córdoba de 25/02/2014, STSJ del País Vasco de 15/04/2014, STSJ de Cataluña de 03/06/2014, STSJ de La Rioja de 19/11/2015, STSJ de Extremadura de 08/02/2018 y STSJ de Aragón de 15/07/2019.

TABLA 4.7. Importe de las multas por infracciones en materia de Seguridad Social.

IMPORTE DE LAS MULTAS POR INFRACCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL			
CALIFICACIÓN¹⁷⁶⁰	GRADOS		
	MÍNIMO	MEDIO	MÁXIMO
LEVES	60 – 125 €	126 – 310 €	311 – 625 €
GRAVES	626 – 1.250 €	1251 – 3.125 €	3.126 – 6.250 €
MUY GRAVES	6.251 – 25.000 € ¹⁷⁶¹	25.001 – 100.005 €	100.06 – 187.515 €

Sanciones a los solicitantes y beneficiarios.

En el caso de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social, las infracciones se sancionarán:

- a) Las leves, con pérdida de la pensión o prestación durante un mes.
- b) Las graves, con pérdida de la prestación durante un período de tres meses.
- c) Las muy graves, con pérdida de la prestación durante un período de seis meses. Igualmente, se les podrá excluir del derecho a percibir cualquier prestación económica durante un año.

No obstante, las sanciones anteriores, en el supuesto de que la trasgresión de las obligaciones afecte al cumplimiento y conservación de los requisitos que dan derecho a la prestación, podrá la entidad gestora suspender cautelarmente la misma hasta que la resolución administrativa sea definitiva.

Estas sanciones se entienden sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

4.8. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

A continuación, en este último apartado, exponemos de una manera breve y concisa el resumen de cada epígrafe de este *Capítulo* y las principales conclusiones que se derivan de los mismos:

En primer lugar, sobre el contexto histórico normativo de la maternidad en el sistema protector de la Seguridad Social, se ha realizado un repaso a las normas más

¹⁷⁶⁰ Las infracciones se califican como leves, graves y muy graves en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado, de conformidad con lo establecido en la LISOS (art. 1.3 LISOS).

¹⁷⁶¹ La infracción calificada como muy grave por “dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad”, se sancionará en su grado mínimo, con multa de 10.001 a 25.000 euros. El resto de grados permanece inalterable con respecto a otras infracciones con la misma calificación.

importantes en tres niveles geográficos: internacional, europeo y nacional. En el plano internacional, se ha analizado con cierto nivel de detalle el contenido de los Convenios de la OIT números 3, 103 y 183, destacando cómo ha evolucionado la protección social de la maternidad (prestaciones médicas y económicas) desde 1919 hasta el año 2000. Es evidente, la mejora y la positiva evolución, traducida en un amplio conjunto de derechos alcanzados de manera histórica durante el siglo XX. Así, partimos desde unas prestaciones suficientes para la manutención de la madre y la del hijo en buenas condiciones de higiene, hasta la regulación de cómo debe ser la prestación económica basada en las ganancias anteriores, determinando el convenio del año 2000, que no deberán ser inferiores a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones. Es significativo que este último convenio aún no se haya ratificado por España y por una buena parte de estados de la Unión Europea. También se han estudiado las Recomendaciones números 95 y 191 de la OIT que complementan y mejoran, en muchos de los casos, la tutela de los propios convenios. Así, determinan que las prestaciones económicas deberán ser fijadas en el 100% de las ganancias anteriores al nacimiento del hijo.

En el ámbito europeo, se ha abordado –desde el punto de vista prestacional– de la Directiva 92/85/CEE, destacando que se deberá asegurar una prestación adecuada, que garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales. En este sentido, faculta a los Estados miembros para establecer determinados requisitos para que las trabajadoras tengan derecho a tales ventajas. Se trata sin duda, de una regulación muy genérica y poco ambiciosa para los años 20 del siglo XXI; y es que, en nuestra opinión, después de casi 30 años de aplicación, sería necesaria la reforma de la misma, puesto que, en muchos casos, las normativas de los Estados miembros ya han superado estas generalidades. Esta reforma, que creemos tan necesaria, no se ha llegado a producir, entre otros motivos, por la incapacidad para alcanzar acuerdos de consenso entre todos los socios de la Unión Europea, que han intentado modificar sin éxito esta norma desde 2008 y que, según todos los indicios, no parece que se vaya a producir a corto o medio plazo.

El estudio del contexto histórico normativo de España se ha abordado con cierto nivel de detalle, analizando la evolución de las normas durante el siglo XX, en cuatro periodos históricos: primer tercio de siglo, el franquismo, la etapa constitucional y el marco normativo actual. Así, durante el primer tercio del siglo XX, destacamos por su importancia, la Ley de 13 de marzo de 1900, acerca del trabajo de mujeres y niños, que marcó el comienzo legislativo de la protección de la maternidad en España. Fue un importante avance de la época, que prohibió el trabajo de las mujeres durante las tres semanas posteriores al parto. Sin embargo, tuvo poca efectividad, principalmente porque que no contemplaba ningún tipo de prestación económica para la mujer durante la licencia de maternidad. Tuvimos que esperar hasta

la entrada en vigor del Real Decreto de 21 de agosto de 1923, por el que se aplicaban las novedades contenidas en el convenio núm. 103 de la OIT. La novedad fue que la trabajadora embarazada tenía derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona y a una indemnización diaria suficiente para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene. Asimismo, fue el origen de la denominada “Caja del Seguro obligatorio de Maternidad”, desarrollado mediante el Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, que determinó que la trabajadora tenía derecho a la cantidad de 15 pesetas por cada cuota trimestral del Seguro de Maternidad que por ella se hubiera satisfecho, dentro del trienio anterior a la primera semana de reposo. El Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad (Real Decreto de 29 de enero de 1930), incluyó como importante novedad el subsidio de lactancia, por el que la madre que lactara a su hijo, tenía derecho a un subsidio de 5 pesetas por semana y por hijo que lactara, con un máximo de diez semanas.

Durante el franquismo, la Ley de 18 de junio de 1942, por la que se amplían los beneficios del Seguro de Maternidad, incluyó en su ámbito de aplicación a las esposas de los trabajadores asegurados en el Régimen de Subsidios Familiares y a las trabajadoras que, siendo aseguradas en el Régimen de Subsidios Familiares, no puedan serlo en el de Maternidad, por superar el límite de retribución establecido. Asimismo, la aprobación del Decreto de 11 de noviembre de 1943, estableció como derechos una indemnización del 60 por 100 del salario, un premio especial en caso de parto múltiple y un subsidio de 7 pesetas por semana y por hijo lactante. Desde 1946 hasta la etapa final del franquismo, se produjo una equiparación entre las prestaciones por maternidad y la incapacidad laboral transitoria que, sin embargo, para el caso de la maternidad, se planteaban unos requisitos más exigentes para acceder a la prestación, como, por ejemplo, haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, en lugar de los cinco años que se establecían para la ILT. La prestación consistía en un subsidio equivalente al setenta y cinco por ciento de la base de cotización de la trabajadora.

Tras la aprobación de la CE de 1978, seguía en vigor la LGGs de 1974 y se aprobó la primera LET de 1980 que, a través de la Ley 3/1989, logró ampliar a dieciséis semanas el permiso por maternidad (ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas) y establecer medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. Sobre esta última, además de la ampliación, destacamos la incorporación de la maternidad adoptiva y la posibilidad de participación del padre en el disfrute del permiso. La Ley 42/1994 supuso un importante avance en la singularización de la maternidad como una contingencia específica a proteger, creando un capítulo concreto en la LGGs de 1994. Como novedades, destacar el notable incremento en el porcentaje que sobre la base reguladora correspondía para la prestación económica, evolucionando del 75% al 100% y la ampliación del período en el que la trabajadora debía reunir los 180 días de cotización, pasando de uno a cinco

años. Todas éstas, medidas de gran calado y avance en la protección social de la maternidad en el ámbito laboral.

En la etapa histórica más reciente, mencionar que la regulación de las prestaciones por maternidad se efectúa a través de la vigente LGSS de 2015, que estuvo influenciada por tres normas, que marcaron importantes hitos en la protección social de la maternidad. Nos referimos a la LCVFL, la LOIMH y el Real Decreto-ley 6/2019, normas sin las que no podría entenderse la tutela prestacional presente hoy día. La LCVFL introdujo por primera vez la prestación económica por riesgo durante el embarazo, que consistía en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente. Asimismo, la LOIMH instauró la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, que consistía en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, igual que para la situación de riesgo durante el embarazo (que lo incrementó) y flexibilizó en gran medida los requisitos de cotización previa que se exigían para el acceso a la prestación por maternidad. Por último, citamos el Real Decreto-ley 6/2019, que introduce como novedad –entre otras– la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante hasta que el menor cumpla los doce meses de edad y el cambio de denominación de la prestación por maternidad, pasando a llamarse prestación por nacimiento y cuidado de menor.

En segundo lugar, en materia de prestaciones contributivas y no contributivas por nacimiento y cuidado de menor, se ha abordado el estudio del marco normativo que las regulan, tomando el protagonismo el Real Decreto-ley 6/2019, como medida para equiparar a ambos progenitores, tanto en derechos, como en obligaciones, poniendo en primera línea el concepto de corresponsabilidad. Así, en materia normativa, se ha abordado la evolución de esta prestación a lo largo de las últimas décadas, poniendo el énfasis en la Ley 3/1989, Ley 42/1994, la LCVFL, la LOIMH y el Real Decreto-ley 6/2019. Destacamos el constante incremento del protagonismo de esta prestación en el conjunto de normas de la Seguridad Social, que nació inicialmente ligada a la IT y que, en el presente, se ha convertido en una prestación independiente para cada uno de los progenitores, equiparando periodos de disfrute y cuantías económicas. Uno de los aspectos novedosos se centra en la puesta en práctica de la corresponsabilidad, que se traduce en el obligatorio descanso de seis semanas del progenitor diferente a la madre, tras el nacimiento del menor. Es decir, ambos progenitores recibirán la prestación en este período de forma simultánea, irrenunciable e intransferible y no cabe la opción de disfrute a tiempo parcial. Hecho que sucede de forma similar en los casos de adopción. Se trataría de evitar la perpetuación de uno de los progenitores (principalmente la mujer) en el rol de cuidador de los menores. A nuestro juicio, nos parece un fin loable, sin embargo, no debería justificarse mediante la utilización del marco normativo de las relaciones laborales y de la Seguridad Social. Probablemente existirán instrumentos más adecuados asociados a las políticas sociales y de bienestar de la población en general.

Asimismo, se podría considerar una injerencia en aspectos relacionados con la vida personal y familiar, afectando, sin duda, a las libertades individuales de ambos progenitores. Por último, precisar que se hace imprescindible un nuevo desarrollo reglamentario, que actualice los contenidos del RD 295/2009 y sean acordes con el vigente marco normativo. Se trata de evitar incertidumbres interpretativas e inseguridades jurídicas, por lo que el legislador, a buen seguro, planteará un nuevo desarrollo reglamentario.

Uno de los aspectos más controvertidos y comentados por la doctrina científica se encuentra en la carencia mínima, en función del escalado de los beneficiarios con relación a la edad de los trabajadores, puesto que, teniendo en cuenta que la edad media de las mujeres, en la que se produce el nacimiento de sus hijos, es de 31 años, una gran mayoría deberá acreditar el periodo mínimo de carencia más exigente. En nuestra opinión, este mecanismo puede tener una interpretación positiva, enfocada a facilitar el acceso a esta prestación a los progenitores más jóvenes que, probablemente son el colectivo que cuenta con menos recursos disponibles para el cuidado de los menores y que cuentan con menor historial laboral, con el que poder acreditar el período mínimo de cotización.

En cuanto al disfrute de la prestación por nacimiento y cuidado de menor a tiempo parcial, la norma establece un requisito obligatorio para causar este derecho: que se firme un acuerdo previo entre el empresario y el trabajador afectado, que se califica como "imprescindible". Acuerdo que no se exige para el disfrute de otros derechos asociados a la maternidad-paternidad de manera similar, como el permiso para el cuidado del lactante o el derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en el caso de nacimiento prematuro de hijo, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. En nuestra opinión, el legislador debería adoptar un criterio único con relación al ejercicio de los derechos asociados a la conciliación de la vida familiar y laboral. En cualquier caso, abogamos por la supresión de la exigencia e imprescindibilidad de este acuerdo individual, debe ser un derecho del trabajador no condicionado a ningún acuerdo.

Con relación al nivel no contributivo, precisar que únicamente queda protegida la situación de nacimiento biológico, quedando desprotegidas otras situaciones no contempladas como tales en la norma. Así, en un supuesto de adopción, probablemente el trabajador tampoco podrá realizar trabajo alguno durante las semanas posteriores a la fecha del hecho causante, puesto que deberá atender los cuidados del menor. En nuestra opinión, se trata de una situación desigual que, basándose en la recuperación física de la trabajadora tras el nacimiento, origina una situación de desprotección del trabajador que se dedica al cuidado del menor adoptado, obviando el sustento económico del trabajador como finalidad de esta prestación no contributiva.

Para finalizar con las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, hemos realizado un breve estudio sobre la tributación en el IRPF y las problemáticas que han surgido en torno a ella. Así, tras diversos fallos judiciales contradictorios, de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid y Andalucía, el TS dictó sentencia con fecha 03/10/2018, en la que se fijaba como doctrina legal que, las prestaciones públicas por maternidad percibidas de la Seguridad Social están exentas del IRPF. Tras la misma, el legislador adaptó la norma reguladora e incluyó en esta exención a otros colectivos que hubieran quedado fuera de no hacerlo (Real Decreto-ley 27/2018): trabajadores del RETA y empleados públicos regulados por el TREBEP. A pesar de esta doctrina legal, se han detectado casos de autores que no comparten estos argumentos del TS, calificados como poco contundentes y apoyando las resoluciones previas de la Dirección General de Tributos y del TEAC.

En tercer lugar, con relación al complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (anteriormente complemento por maternidad), destacamos que se trata de un complemento surgido como consecuencia de la STJUE de 12/12/2019, que calificaba el anterior complemento como discriminatorio, puesto que sí se reconocía a las mujeres con al menos dos hijos, mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tenían derecho a tal complemento, rompiéndose así el principio de igualdad entre progenitores. Por ello, el legislador ha planteado este nuevo complemento, focalizándolo hacia la reducción de la brecha de género, descartando otras motivaciones como la aportación demográfica o el fomento de la natalidad. Actualmente se encuentra en fase de tramitación como proyecto de ley.

Como novedades de este nuevo complemento destacamos las siguientes: 1) se abona desde el primer hijo; 2) se puede reconocer tanto a mujeres como a hombres; 3) las mujeres son las beneficiarias prioritarias, no es necesario que justifiquen el perjuicio en su carrera profesional, como así se exige a los hombres; 4) se trata de una medida temporal, hasta que la brecha se reduzca del 30% actual hasta el 5% fijado como objetivo; 5) se trata de una cuantía fija por hijo (hasta un máximo de cuatro). En 2021 el importe es de 378 euros anuales; 6) la cuantía se irá actualizando anualmente de acuerdo con la revalorización de las pensiones; 7) para las mujeres que ya estén cobrando el anterior complemento seguirán cobrándolo actualizándose cada año; 8) el complemento por maternidad es incompatible con este nuevo complemento, por lo que las personas interesadas podrán optar entre uno y otro; 9) alcanza a las situaciones de jubilación anticipada; y 10) actualmente, tras su convalidación parlamentaria, está en fase de tramitación como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia.

En cuarto lugar, en cuanto a la prestación por el ejercicio corresponsable del cuidado de lactante, se ha abordado la situación específica que se protege, así como los condicionantes que deben producirse. Se trata de una prestación que se concede únicamente a uno de los dos progenitores y que trata de “premiar” el cuidado

corresponsable del menor desde los nueve meses de edad, hasta que alcanza el primer año de vida. Se trató de una novedad introducida por el Real Decreto-ley 6/2019, que está directamente relacionada con los cambios legislativos dispuestos en el permiso para el cuidado del lactante (art. 37.4 LET).

Esta nueva prestación tiene una finalidad loable, sin embargo, estimamos que la repercusión sobre el cuidado del menor por ambos progenitores de manera simultánea será muy limitada. Asimismo, la norma “olvida” determinados supuestos que deben ser igualmente válidos a los efectos de causar derecho a esta prestación: a) progenitores monoparentales; b) supuestos en los que únicamente uno de los progenitores realiza una actividad remunerada fuera del hogar; y c) supuestos en los que se opta por el derecho de ausencia durante una hora durante la jornada laboral. Sobre tales supuestos, el legislador debería adoptar una postura más flexible y ampliada, de lo contrario el objetivo de la corresponsabilidad real y efectiva podría no alcanzarse con el esquema normativo actual. En cualquier caso, habrá que estar a lo que se determine reglamentariamente en la norma de desarrollo que se deberá elaborar al efecto. Entendemos que el reglamento ayudará a aclarar y corregir algunos aspectos técnicos, así como a dar solución a los numerosos interrogantes interpretativos, puestos de manifiesto por diversos autores.

En quinto lugar, con relación a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, hemos realizado una breve síntesis del marco normativo, destacando la LCVFL y la LOIMH, como normas que introducen estas prestaciones y las mejoran de manera sustancial. Estas prestaciones presentan una doble finalidad: 1) cubrir la situación de necesidad de la trabajadora durante la suspensión de su contrato (por incompatibilidad entre su trabajo y su estado biológico); y 2) que la propia suspensión no suponga un coste económico para la empresa, desincentivando la contratación de mujeres en edad fértil.

En cuanto a la puesta en marcha y reconocimiento de las prestaciones, es esencial destacar que deben llevarse a término todas las medidas que se establecen en el art. 26LPRL, y sin las cuáles no podrán concederse. Sin embargo, como ya hemos visto, hay sentencias que permiten este reconocimiento, a pesar de que la empresa no haya llevado a cabo todas las medidas previas, siempre que quede demostrada la existencia de estos riesgos específicos y la madre reclamara la prestación con la finalidad de evitar las consecuencias de la discriminación por razón de sexo que supone el incumplimiento de las citadas normas.

La última de las medidas, plantea la suspensión del contrato en base a estas contingencias, pero siempre previo a la adaptación o cambio a puesto de trabajo compatible con su estado. Sin duda, la clave para el reconocimiento de estas prestaciones la encontramos en la presencia de “riesgos específicos”, para el embarazo de la trabajadora o para la situación de lactancia natural, no siendo válidos aquellos definidos como genéricos o que pueden afectar de la misma manera a toda la

población trabajadora, con independencia del estado biológico. Debe quedar demostrada esta “especificidad”, como así lo han puesto de manifiesto las numerosas resoluciones de los tribunales de justicia, que rechazan el “automatismo” o las “fórmulas matemáticas” que se esgrimen en muchas ocasiones para declarar el paso de la trabajadora a la suspensión por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, sin tener en cuenta ni adoptar las medidas del art. 26 LPRL. Para ello, es esencial realizar la evaluación de riesgos “específica”, conforme a lo establecido en el art. 4.1 de la Directiva 92/85/CEE, en la que habrán de reflejarse los “riesgos específicos” del puesto de la trabajadora embarazada o lactante, haciendo mención y con precisión sobre la incidencia o afectación de los mismos sobre las condiciones específicas del puesto con respecto a la eventual situación embarazo o de lactancia natural; por lo que, no es suficiente la presencia de “riesgos genéricos”. Si la empresa realiza esta evaluación sin tener en cuenta lo que establece la norma europea, no será válida y, por tanto, la justicia otorgará la prestación siempre que quede acreditada la existencia de riesgos específicos para estas contingencias. En este supuesto, a la trabajadora no le quedaría más posibilidad que reclamar la prestación con la finalidad de evitar las consecuencias de la discriminación por razón de sexo que supone el incumplimiento de las citadas normas.

La evolución de la doctrina jurisprudencial, ha supuesto una notable mejoría en la interpretación de las normas, concibiéndolas como más protectoras y acordes con el derecho a la igualdad y no discriminación. Se obliga a las empresas a ser más celosos en el cumplimiento de la normativa sobre evaluación de riesgos específicos de los puestos de trabajo ocupados por trabajadoras embarazadas o lactantes. Así, consideramos un acierto elaborar una evaluación de riesgos específica, que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora lactante al objeto de verificar la lesividad de los riesgos a los que está expuesta y, en el supuesto que no se realizara de esta forma, podría declararse una situación de discriminación directa por razón de sexo.

De manera particular, sobre la duración máxima de la prestación por riesgo durante la lactancia natural –nueve meses de edad del menor–, el legislador debería contemplar la posibilidad de aumentarla en un período de tiempo razonable, puesto que, el hecho de que el menor tenga una edad superior a nueve meses no implica que desaparezca el riesgo para su salud. Por ello, teniendo en cuenta que el legislador de los últimos años ha entrado en la dinámica de mejora y ampliación de derechos relacionados con la maternidad y paternidad, bien estaría realizar un planteamiento de mejora de esta prestación por riesgo durante la lactancia natural y ampliar su duración hasta los doce meses de edad del hijo.

Sobre el procedimiento para la concesión de la prestación, destacar la enorme complejidad para la ejecución plena del mismo, que implica la participación de muchos agentes y la necesaria elaboración de numerosos informes que, a pesar de la

preferencia otorgada por el legislador, retrasará en muchos casos la concesión de estas prestaciones y se escogerá la vía de la IT en otros muchos casos, como así se ha puesto de manifiesto por la doctrina científica. Durante la tramitación de la solicitud de reconocimiento de la prestación, la entidad gestora o colaboradora responsable de la gestión y pago de la misma, podrá solicitar la aportación de la evaluación inicial del riesgo del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora. En nuestra opinión, igualmente el legislador debería haber incluido la opción de solicitar la evaluación de riesgos adicional, puesto que en ella se tienen en cuenta los factores personales y concretos de la mujer con relación a su trabajo, y que en muchas ocasiones aportan información más concisa y clarificadora sobre los riesgos a los que está expuesta la trabajadora.

Y en sexto lugar, en cuanto al régimen sancionador, se han descrito las infracciones y las sanciones tanto de empresas como de trabajadores frente a incumplimientos de las normas que regulan las prestaciones de la Seguridad Social, asociadas a la maternidad-paternidad. Destacamos las infracciones graves de los trabajadores relacionadas con el ejercicio de trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentaria establecida; y las infracciones muy graves de los trabajadores cuando en connivencia con la empresa, pactan una actuación fraudulenta, para la obtención indebida de las prestaciones asociadas a la maternidad-paternidad. Son muy numerosos los fallos judiciales en los que se han detectado estos supuestos, celebrando contratos irregulares o en fraude de ley, simulando una relación laboral o una situación de alta en Seguridad Social inexistente o con una base de cotización superior a la que le debía corresponder.

Conclusiones finales y propuestas

En este último apartado se exponen de una manera breve y concisa las principales conclusiones de la tesis y las propuestas de medidas que pretenden repercutir en la mejora del marco normativo y de protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral:

1. Los indicadores laborales en materia de género y maternidad ponen de manifiesto la precariedad del mercado laboral femenino. Las mujeres presentan peores resultados con respecto a los hombres, lo que se traduce en la aparición de las denominadas *brechas de género* en el mercado laboral. Tasas de actividad y empleo inferiores, mayoría de contratos a tiempo parcial y de duración determinada, son ejemplos evidentes de esta precariedad. Por ello, se deben implementar medidas y políticas públicas que aborden las *brechas de género*, como recurso para reducir la precariedad actual de las mujeres en el mercado de trabajo.
2. El acceso de la mujer a la maternidad es el origen de una parte importante de la precariedad en el mercado laboral, como así se deduce de las estadísticas laborales. En materia de cuidado de hijos, hoy en día siguen siendo mayoría las mujeres que asumen esta responsabilidad con respecto a los hombres, puesto que son las que dedican más horas, reducen su tiempo de trabajo en mayor medida, interrumpen su actividad laboral o disfrutan de una excedencia para llevar a cabo estos cuidados. Para afrontar estas situaciones, desde los poderes públicos se deben implementar políticas al objeto de que en las empresas se adopten medidas de conciliación de la vida laboral y familiar y de corresponsabilidad en el cuidado de hijos. De manera específica, se proponen medidas como racionalizar los horarios de trabajo, potenciar el ajuste del tiempo laboral por necesidades familiares, en detrimento de la reducción de jornada y fomentar el teletrabajo o las jornadas flexibles.
3. El marco normativo específico que configura y garantiza la tutela de la trabajadora durante las situaciones relacionadas con la maternidad –tutelas preventiva, laboral y prestacional–, presenta en la actualidad aspectos que pueden suponer un perjuicio para la clase trabajadora, restando efectividad a dichos textos legales. Por lo que se producen situaciones de conflicto que afectan de manera directa a las mujeres y que pueden derivar en hipotéticas situaciones de discriminación por razón de sexo. El legislador debe adoptar medidas que eviten que, como consecuencia de la maternidad, se perjudique a la población trabajadora en general y a las mujeres que forman parte de la misma, en particular. Sino al contrario, se deben establecer medidas tendentes a impulsar la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores que acceden a la maternidad, en base al importante esfuerzo personal y familiar que suponen estos hechos biológicos. Por ello, es esencial que se produzca cuanto antes la transposición de la Directiva 2019/1158 a nuestro ordenamiento jurídico interno, de forma que se materialice el permiso para cuidadores, el derecho de ausencia del trabajo por causa de fuerza

mayor (por motivos familiares urgentes), o el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse del cuidado de hijos hasta una edad determinada (como mínimo ocho años).

4. La normativa reguladora del nivel proteccionista de la mujer trabajadora embarazada, parto reciente o lactancia natural, en los distintos ámbitos estudiados ponen de manifiesto la gran variedad de normas y contenidos que regulan aspectos similares, tanto a nivel internacional, europeo y nacional. A nivel internacional, destacamos los convenios de la OIT números 3 (1919), 103 (1952) y 183 (2000), éste último no ratificado por España. Se debe hacer una reflexión sobre los motivos y las consecuencias por los que, a nivel interno, aún no se ha ratificado el Convenio número 183. En nuestra opinión, carece de lógica, puesto que la mayor parte de los contenidos de la misma son condiciones que ya se están implantadas en nuestro ordenamiento jurídico interno.
5. En cuanto a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y su ratificación por España, en nuestra opinión, se deberían articular los medios para que el poder legislativo pudiera, de alguna forma prevista y amparada por la CE, legitimar los acuerdos que emanan del CEDAW y poder dotarlos de validez jurídica en el Estado español. En caso contrario, entendemos que carecería de sentido la ratificación efectuada por España.
6. En materia de acción preventiva, la simple exposición de la trabajadora a determinados riesgos, pone en marcha el mecanismo preventivo, puesto que, aunque no se hubiese materializado en un daño efectivo para la gestante, no puede por menos que protegerse su acreditada situación de riesgo en términos que prevengan la eventualidad de que aquel se materialice.
7. La especificidad de los riesgos que, de manera individual afectan a la mujer embarazada o lactante, se basan en el contenido de la propia evaluación de riesgos, que debe tener en cuenta los criterios técnicos del INSST y la jurisprudencia más reciente del TS. Ésta última falla que, a efectos de evitar discriminaciones directas por razón de sexo, la carga de la prueba debe recaer sobre el empresario, que es quien dispone del principio de facilidad probatoria para poder determinar la incidencia que los riesgos puedan o no tener en la mujer en los supuestos de embarazo y lactancia. En nuestra opinión, es fundamental la elaboración de una evaluación “adicional” que el INSST propuso en 2011 y que, permite el cumplimiento de la norma y garantizar que se realiza una evaluación teniendo en cuenta los riesgos que, de manera individual, pueden afectar a una trabajadora en concreto, lo que hemos denominado “evaluación subjetiva”. Por ello, nuestra propuesta va dirigida a que el legislador establezca los cambios normativos necesarios, para que se pueda dotar de herramientas al técnico de PRL, al objeto de elaborar las evaluaciones en base a criterios únicos y uniformes, incorporando

para ello, los criterios técnico jurídicos que emanan del INSST y de la propia jurisprudencia. En el mismo sentido, el legislador debe contemplar que el propio art. 26 LPRL establezca la obligación de informar a la trabajadora embarazada o lactante, sobre los riesgos específicos a los que estuviera expuesta y las medidas preventivas a aplicar, puesto que el conocimiento expreso de la mujer, podría contribuir a que comunicara al empresario su estado biológico concreto y así poder activar la evaluación adicional de su puesto de trabajo. Siguiendo así el mismo esquema que se establece en el art. 4.2 de la Directiva 92/85/CEE.

- 8.** A nivel de empresa, en nuestra opinión, todas las medidas dirigidas a la protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo, se deben articular a través de un procedimiento de prevención, como instrumento para la adaptación de la normativa a las particularidades empresariales y para facilitar la concienciación de las trabajadoras sobre la comunicación al empresario de su estado biológico concreto.
- 9.** La justificación de la imposibilidad de adaptación o cambio del puesto de la trabajadora embarazada o lactante debe ser objeto de cambio normativo, puesto que se otorga al empresario un amplio margen de actuación, permitiéndole justificar esta imposibilidad en base a una amplia variedad de causas: económicas, técnicas u organizativas, o por “motivos justificados”. Se trata de dotar a la norma una mayor precisión y rigor jurídico, especificando la forma de proceder ante esta situación, e incluso exigiendo la documentación que fuera necesaria, al objeto de evitar un uso arbitrario de este supuesto. En la práctica, esta ambigüedad o imprecisión jurídica, puede facilitar la suspensión del contrato (medida excepcional) frente a las medidas protectoras (adaptación y cambio de puesto), utilizando la modalidad suspensiva como medida para afrontar la problemática de la protección de la maternidad.
- 10.** En los supuestos de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses, se debe valorar la posible eliminación del límite de la edad del menor, puesto que, si queda demostrado que la exposición a un determinado riesgo produce un daño a la salud de la madre o del lactante, perjudicando así el acto de la lactancia natural, el hecho de que el menor tenga una edad superior a nueve meses, no implica que desaparezca el riesgo para su salud.
- 11.** Se deben fomentar las acciones preventivas que vayan dirigidas a la adaptación del tiempo o condiciones de trabajo o al cambio de puesto de la trabajadora, en detrimento de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural. Consideramos que las medidas de bonificación del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, para los casos de cambio de puesto de trabajo, que anualmente se aprueban en la LPGE, son muy positivas e incentivan el

cumplimiento preventivo empresarial. Sin embargo, los datos oficiales ponen en evidencia la efectividad de dicha medida, que se aplica a una treintena de casos en 2019.

- 12.** La aplicación de la PST en la maternidad, se basa en la educación para la salud y en la creación de entornos que eviten los riesgos, faciliten elecciones saludables y ayuden a la mujer a hacer frente a las posibles molestias que surgen durante las diferentes etapas de su maternidad. Las principales medidas en esta materia pasarían por el establecimiento de una política sobre la protección, promoción y apoyo de una maternidad saludable en el trabajo; crear entornos saludables y “amigables”; y formar e informar a los trabajadores sobre este tipo de medidas. Sin duda, es una de las materias por las que pasará el futuro de la seguridad, la salud y el bienestar en el trabajo. La búsqueda de entornos saludables y la promoción de la salud a través de acciones dirigidas a los trabajadores, deben ir ligadas a los compromisos empresariales de calidad e incluso asociadas a retribuciones variables, como garantía de éxito de la PST.
- 13.** La negociación colectiva no realiza aportaciones significativas al marco preventivo y protector de la maternidad regulado en la LPRL, actuando en muchas ocasiones mediante la mera reproducción del art. 26 LPRL. La negociación colectiva debe aumentar los esfuerzos por incluir medidas específicas en los convenios, de forma que supongan un verdadero instrumento para mejorar las condiciones laborales de las trabajadoras y así se supere el estándar mínimo y la tutela reforzada del marco normativo de la PRL.
- 14.** El reconocimiento médico como instrumento de vigilancia de la salud de los trabajadores, como regla general, se basa en la voluntariedad. Son tres las excepciones que plantea el legislador: 1) imprescindibilidad para conocer los efectos que sobre la salud del trabajador ocasionan las condiciones de trabajo; 2) constitución de un peligro para el trabajador o terceras personas; y 3) por mandato legal. No debe ser un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores o una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados, con un propósito de selección de personal o similar. Se configura como un derecho del trabajador, que puede ser restringido por determinadas excepciones. Si no se interpreta correctamente el marco normativo, nos exponemos a que la regla general se transforme en la excepción y las excepciones se conviertan en regla cuasi-general por la amplitud con la que están redactadas, por lo que se deberá conjugar el deber empresarial de protección de los trabajadores, con el respeto al derecho a la intimidad del trabajador.
- 15.** La vigilancia de la salud dirigida a las trabajadoras embarazadas, en parto reciente o durante la lactancia natural persigue unos objetivos específicos muy concretos y cuya materialización –a través del reconocimiento médico– será determinante

para concluir si es necesaria una tutela reforzada. El reconocimiento médico será obligatorio cuando sea indispensable para determinar si las actividades del puesto de trabajo son compatibles con el estado biológico de la mujer, siendo la vía más directa para poder evaluar los efectos que pueden producir sobre la salud de la trabajadora las condiciones de trabajo de su puesto. Deberá someterse a pruebas específicas ante la especial sensibilidad, aplicándose los protocolos sanitarios en función de las tareas que tenga asignadas, puesto que no hay protocolos específicos que se apliquen en los reconocimientos médicos de estas trabajadoras. Es fundamental un análisis concreto de los factores individuales relacionados directamente con la propia gestación o la lactancia que podrían suponer una mayor susceptibilidad a un factor de riesgo laboral determinado (embarazos múltiples y nocturnidad; anemia y carga de trabajo; tabaquismo y riesgo de un parto pretérmino; bajo peso materno y crecimiento fetal deficiente, etc.). De acuerdo a los resultados obtenidos, nuestra propuesta en esta materia concreta se puede esquematizar de la siguiente manera: 1) Establecer los mecanismos adecuados para lograr implantar un protocolo de colaboración y comunicación entre facultativos, de forma que el médico del trabajo y el médico que supervisa el embarazo puedan detectar en fase temprana cualquier alteración que pudiera estar relacionada con las condiciones de trabajo y actuar en consecuencia; 2) Las autoridades sanitarias deberán elaborar un protocolo de vigilancia sanitaria específica dirigido a trabajadores especialmente sensibles de forma genérica, aunque en cada caso particular se tuvieran en cuenta los trabajos concretos y efectivos que realmente se realizan (opinión compartida por otros autores); y 3) se recomienda utilizar un modelo de historia clínica laboral (previamente definido), que recoja los principales datos personales de la trabajadora y factores de riesgo a los que puede estar expuesta. Esta herramienta permitiría estandarizar y protocolizar la actuación de la vigilancia sanitaria de las trabajadoras en situación de maternidad.

- 16.** La comunicación del embarazo al empresario por parte de la trabajadora, se configura como una acción de gran trascendencia en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo. El estado biológico de la trabajadora forma parte de su intimidad personal (art. 18.1 CE) y en nuestro derecho interno no hay norma que exija su comunicación al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85/CEE. La acción preventiva y protectora que debe adoptar el empresario de acuerdo al art. 26 LPRL, se realizará aun cuando no tenga conocimiento del embarazo de la trabajadora. Nuestra propuesta, que va dirigida al fomento de iniciativas que muestren a las trabajadoras la enorme importancia de esta comunicación, se resume en dos tipos de medidas: 1) acciones formativas e informativas dirigidas a mujeres que estén asignadas a puestos de trabajo con riesgo para la maternidad; y 2) elaboración e implantación de un protocolo o procedimiento o de comunicación del embarazo o la lactancia al empleador,

destacando los efectos beneficiosos que puede tener tanto para la trabajadora como para el feto la pronta actuación de la trabajadora.

- 17.** En cuanto a la protección de la maternidad en el ámbito laboral, el legislador ha establecido un conjunto de garantías reforzadas que giran en torno al acceso al empleo y a la contratación ante determinadas situaciones biológicas de la mujer relacionadas con la maternidad. La mujer por razón de su embarazo, no puede situarse en una situación desfavorable o perjudicial respecto al hombre u otras mujeres no embarazadas y que el probable perjuicio económico de la empresa, ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el período de su embarazo, no está justificado para evitar su contratación. Se vulneraría el principio de igualdad de trato, posicionándonos ante una posible situación de discriminación por razón de sexo.
- 18.** El actual permiso para el cuidado del lactante, es el resultado de numerosas reformas legales en los últimos años, que han estado avaladas por un sector de la doctrina científica y refrendada por numerosos pronunciamientos judiciales, en cuanto a su finalidad, que debe estar orientada hacia una conceptualización amplia del permiso por lactancia, que no sólo debe tener como fin proporcionar alimento de forma natural o artificial al menor de nueve meses, sino que, en base a esta reducción se le deben proporcionar los cuidados y la atención que precisara. La introducción del fomento de la corresponsabilidad entre progenitores en el cuidado del menor, por parte de la reforma de 2019, ha supuesto una situación de desventaja en los casos de familias monoparentales. Así, los derechos del menor se ven perjudicados por el hecho de su pertenencia a una familia monoparental, circunstancia que puede afectar negativamente a su desarrollo personal. En este sentido, nuestra propuesta está dirigida al reforzamiento del marco legal y a la argumentación de la defensa de los derechos del menor como principio general de interés superior y sobre el que debe girar el derecho al acceso a este permiso, con independencia del tipo de familia en la que se halle. En cuanto a la disyuntiva sobre la forma de ejercer este derecho de forma acumulada en los casos de parto múltiple, entendemos que debe primar una interpretación extensiva del art. 37.4 LET, entendiéndose que la ampliación de la duración del permiso por nacimiento múltiple, debe producirse en todo caso, con independencia de la modalidad escogida, incluso cuando el permiso se disfrute en la modalidad de acumulación y no esté regulado de manera expresa (los nacimientos múltiples) en el convenio colectivo. El derecho de los niños no puede verse perjudicado por este motivo, en el caso de parto múltiple, por la necesidad de compartirlo con sus hermanos, máxime cuando la norma pretende proteger el derecho de los menores. Por último, precisar que el legislador debería fomentar el uso de la modalidad de acumulación en jornadas completas, por los beneficios que de ella se desprenden, librándola de las “ataduras” de la negociación colectiva o acuerdo individual, para lo que se debería legislar en este sentido.

- 19.** El permiso por nacimiento prematuro de hijo o hija o que deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, se ha extendido a ambos progenitores, que lo pueden disfrutar de forma simultánea y bajo la modalidad o modalidades que escojan. En los casos de parto múltiple, entendemos que procede una interpretación flexible y extensiva de la norma, más beneficiosa para los trabajadores, de forma que se genere una multiplicación del derecho por el número de hijos nacidos. Lo esencial es centrar el objetivo en la finalidad del permiso: el cuidado y atención de los menores y la conciliación de la vida familiar y laboral. Una interpretación exegética de la norma, podría originar situaciones en las que los hijos nacidos en partos múltiples, se verían perjudicados en el tiempo de dedicación y atención dirigido a ellos por parte de los progenitores.
- 20.** Sobre la compatibilidad del disfrute del derecho a las vacaciones anuales con respecto al derecho de suspensión del contrato por situaciones ligadas a la maternidad, precisar que, además de los supuestos de incapacidad temporal derivada de una situación de embarazo, parto o lactancia natural, como la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento; deben incluirse, en nuestra opinión, las situaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. La relevante STJCE de 18/03/2004 Asunto Merino Gómez, C-342/01, estableció que cualquier trabajadora tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en un periodo diferente que no coincida con su descanso por maternidad, en el caso de que las mismas estén fijadas en el mismo periodo de suspensión del contrato de trabajo.
- 21.** La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, ha sufrido importantes modificaciones legales, como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019. Así, la titularidad de este derecho es compartida entre ambos progenitores, produciéndose la equiparación plena entre ellos, con dieciséis semanas de suspensión para los dos titulares. Por tanto, se trata de un derecho individual e intransferible, que obliga a ambos progenitores a disfrutar de este permiso a tiempo completo, durante las seis semanas posteriores al nacimiento del menor, con el objeto del fomento del ejercicio de la corresponsabilidad en los cuidados del neonato. De esta forma, se han resuelto de un modo definitivo las numerosas controversias y conflictos tratados por la justicia, que giraban en torno a la titularidad de este derecho y a la posibilidad de cesión de la madre hacia el otro progenitor.
- 22.** Las situaciones derivadas de la maternidad repercuten en numerosas ocasiones de forma muy negativa sobre los derechos laborales y profesionales de las mujeres. El estudio nos ha permitido detectar numerosos conflictos laborales surgidos tras la reincorporación de la mujer a su puesto de trabajo tras el embarazo o la lactancia. La jurisprudencia pone de manifiesto que se producen de

manera frecuente, situaciones de discriminación directa por razón de sexo, basadas en la maternidad biológica. Fundamentalmente nos referimos a derechos de ampliación de jornada, a percibir mejoras salariales, incluidos los complementos económicos, al acceso a promociones laborales, a las mejoras de las condiciones laborales, etc. En nuestra opinión, estos fallos judiciales irán decayendo a medida que pase el tiempo, puesto que la nueva regulación equipara en derechos y obligaciones a ambos progenitores, por lo que, carecerá de sentido esta discriminación por razón de sexo, puesto que afectará a ambos trabajadores. Hablaríamos entonces de una discriminación por razón de condición o circunstancia personal, amparado por el art. 14 CE. En cualquier caso, debe garantizarse que la reincorporación de los progenitores se realiza bajo condiciones similares o más ventajosas que las que tenía en origen.

- 23.** Sobre la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora, se han abordado las garantías reforzadas para su protección durante las situaciones relacionadas con la maternidad. Así, ante un despido basado en causas objetivas o disciplinarias, se han establecido determinadas garantías que califican el despido como nulo, utilizando principalmente el criterio de la temporalidad. De forma que el despido de la trabajadora durante la previsión de embarazo (técnicas de reproducción asistida), inicio y desarrollo del embarazo, suspensión del contrato por nacimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, permiso por cuidado de hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto, permiso para el cuidado del lactante y tras la reintegración al trabajo cuando el menor tenga menos de 12 meses, será declarado nulo. Por tanto, se produjo una mejora significativa, ampliándose en tres meses, el periodo de tiempo en el que no podrá despedirse a la trabajadora referida. En materia de despidos colectivos, citamos una sentencia y realizamos una propuesta de mejora normativa. Así, nos referimos a la STJUE de 22/02/2018, en la que se afirma que las trabajadoras embarazadas están protegidas frente al despido tanto por la Directiva 92/85/CEE, como por la Directiva 98/59/CEE, teniendo la empresa el deber de recolocarla en otro puesto, en el contexto de un despido colectivo, pero sin tener derecho de prioridad de permanencia en la empresa a aquellas trabajadoras que se encuentren embarazadas. Así, ante un despido colectivo, entendemos y apoyamos la tesis de que, una modificación del art. 51.5 LET, por la que quede reflejada la prioridad de permanencia en la empresa, del colectivo de trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia natural, conllevaría un refuerzo de la tutela preventiva, puesto que, en caso de que se incluyan como un colectivo prioritario, la empresa quedaría obligada a justificar en la decisión final del despido colectivo, y de manera específica (con causas distintas a las que inducen al despido colectivo), la afectación del mismo a trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa.

24. A tal efecto, la empresa deberá acreditar suficientemente que la causa objetiva o disciplinaria que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida. En este sentido, la empresa debe probar que su decisión obedece a motivos razonables y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo.
25. En cuanto a las prestaciones económicas por maternidad y a las normas que, tanto a nivel internacional como europeo, las regulan, podemos concluir que, la ratificación pendiente por parte de España del Convenio de la OIT núm. 183 y la actualización de la Directiva 92/85/CEE, son los dos retos que deberán abordarse en los próximos años. En particular, creemos que la actualización de la Directiva europea es esencial para poder sentar las bases de la protección de la maternidad en la primera mitad del siglo XXI, de forma que se produzca una armonización real y efectiva de todas las normativas nacionales de los Estados miembros, avanzando en la consecución de derechos asociados a la maternidad.
26. Con relación al marco normativo interno de la prestación económica por maternidad, podemos concluir que ha adquirido su configuración actual en base a tres normas que calificamos como esenciales para nuestro estudio: la LCVFL, la LOIMH y el Real Decreto-ley 6/2019. Las tres realizaron importantes aportaciones en materia de prestaciones asociadas a la maternidad. La LCVFL introdujo por primera vez la prestación por riesgo durante el embarazo, que consistía en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente. La LOIMH instauró la prestación por riesgo durante la lactancia natural, que consistía en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, igual que para la situación de riesgo durante el embarazo (que lo incrementó). Por último, el Real Decreto-ley 6/2019, introdujo como novedad –entre otras– la prestación por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante hasta que el menor cumpla los doce meses de edad y el cambio de denominación de la prestación por maternidad, pasando a llamarse prestación por nacimiento y cuidado de menor.
27. La prestación por nacimiento y cuidado de menor ha experimentado una notable modificación a raíz del Real Decreto-ley 6/2019. Reconoce como sujetos beneficiarios a los trabajadores incluidos en el RGSS, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos por suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo durante el nacimiento y en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento. Podemos concluir que el vigente marco normativo ha cerrado el debate en torno a las posibles situaciones de discriminación en el diferente tratamiento otorgado por las normas a la maternidad con respecto a la paternidad. Nos referimos a aspectos clave como, la titularidad, la cesión o transferencia del derecho, o su duración, de la que tanto se debatió, legisló y

enjuició, quedan “olvidados” tras la reforma de 2019. Sin duda, el principal argumento empleado por el legislador para justificar esta reforma, es alcanzar el objetivo de la corresponsabilidad de ambos cónyuges en el cuidado del menor. Ambos progenitores recibirán la prestación de forma simultánea, irrenunciable e intransferible durante las seis semanas posteriores al nacimiento y no cabe la opción de disfrute a tiempo parcial. Hecho que sucede de forma similar en los casos de adopción. Se trataría de evitar la perpetuación de uno de los progenitores (principalmente la mujer) en el rol de cuidador de los menores. A nuestro juicio, nos parece un fin loable, sin embargo, no debería justificarse mediante la utilización del marco normativo de las relaciones laborales y de la Seguridad Social. Probablemente existirán instrumentos más adecuados asociados a las políticas sociales y de bienestar de la población en general. Asimismo, se podría considerar una injerencia en aspectos relacionados con la vida personal y familiar, afectando, sin duda, a las libertades individuales de ambos progenitores. Por último, precisar que se hace imprescindible un nuevo desarrollo reglamentario, que actualice los contenidos del RD 295/2009 y sean acordes con el vigente marco normativo. Se trata de evitar incertidumbres interpretativas e inseguridades jurídicas, por lo que el legislador, a buen seguro, planteará un nuevo desarrollo reglamentario.

- 28.** Con relación al periodo mínimo de carencia exigido para poder acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, la escala establecida en función de la edad del trabajador, es perjudicial para la gran mayoría, puesto que la edad de la mujer en el acceso a la maternidad ronda los 31 años. En nuestra opinión, este mecanismo puede tener una interpretación positiva, enfocada a facilitar el acceso a esta prestación a los progenitores más jóvenes que, probablemente son el colectivo que cuenta con menos recursos disponibles para el cuidado de los menores y que cuentan con menor historial laboral.
- 29.** En materia de tributación en el IRPF de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, podemos concluir que la STS de 03/10/2018 ha sido el fallo judicial que ha resuelto de forma definitiva todas las controversias y contradicciones entre tribunales superiores de justicia. EL TS fijó como doctrina legal que las prestaciones públicas por maternidad percibidas de la Seguridad Social están exentas del IRPF. En consecuencia, el legislador adaptó la norma reguladora e incluyó en esta exención a otros colectivos que hubieran quedado fuera (Real Decreto-ley 27/2018): trabajadores del RETA y empleados públicos regulados por el TREBEP.
- 30.** Destacamos la creación de la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, que trata de “premiar” el cuidado corresponsable del menor desde los nueve meses de edad, hasta que alcanza el primer año de vida (Real Decreto-ley 6/2019). A nuestro juicio, esta nueva prestación tiene una

finalidad loable, sin embargo, estimamos que la repercusión sobre el cuidado del menor por ambos progenitores de manera simultánea será muy limitada. El legislador no permite el acceso a esta prestación a los progenitores monoparentales, a aquellos casos en los que sólo uno de los progenitores realiza una actividad remunerada fuera del hogar, y a otros supuestos en los que se opta por el derecho de ausencia durante una hora durante la jornada laboral. Sobre tales supuestos, el legislador debería adoptar una postura más flexible y ampliada, de lo contrario el objetivo de la corresponsabilidad real y efectiva podría no alcanzarse con el esquema normativo actual y se vería perjudicado el que, en nuestra opinión, debería ser el objeto central de esta prestación, el menor de doce meses de edad.

- 31.** Con relación al complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (anteriormente complemento por maternidad), destacamos que se trata de un complemento surgido como consecuencia de la STJUE de 12/12/2019, que calificaba al anterior complemento como discriminatorio. El legislador ha planteado este nuevo complemento, focalizándolo hacia la reducción de la brecha de género, descartando otras motivaciones como la aportación demográfica o el fomento de la natalidad. Actualmente se encuentra en fase de tramitación como proyecto de ley. En nuestra opinión, valoramos de forma positiva que establezca el reconocimiento del complemento a los progenitores de un único hijo (madre o padre), favoreciendo igualmente que las pensiones más bajas sean las más beneficiadas, mejorando el efecto redistributivo de las pensiones. No compartimos el abandono del objetivo del incremento de la natalidad, del apoyo a las familias y del principio de la contributividad al sistema de pensiones público, utilizando para ello el pretexto de la reducción de la brecha de género. Las revisiones quinquenales permiten corregir el rumbo en los casos en los que no se evidencie una reducción de la brecha de género. Las diferencias de trato entre mujeres y hombres (basadas en el reconocimiento de una acción positiva hacia las mujeres), conllevará el planteamiento de numerosos conflictos en los tribunales. En este sentido, nuestra propuesta es doble: 1) se debe reconocer el complemento para los casos de pensiones no contributivas. Se trataría que, de alguna forma, se recoja en su ámbito de aplicación los casos de pensiones no contributivas, que hubieran cotizado algunos periodos, pero que los mismos no fueran suficientes para alcanzar una pensión contributiva; y 2) se deben establecer incentivos a la natalidad, al objeto de paliar los bajos niveles de fecundidad de España.
- 32.** En materia de prestaciones de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, valoramos de forma positiva la evolución histórica del marco normativo que las regula, configurándolas actualmente como contingencias profesionales, en base a un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. Se trata de que las trabajadoras puedan

cubrir las situaciones de necesidad durante la suspensión de su contrato (por incompatibilidad entre su trabajo y su estado biológico) y de que la propia suspensión no suponga un coste económico para la empresa, desincentivando la contratación de mujeres en edad fértil.

- 33.** La puesta en marcha de las medidas del art. 26 LPRL son preceptivas para el paso de la trabajadora a la suspensión del contrato y posterior prestación por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. La clave es la presencia de “riesgos específicos” para el embarazo o para la situación de lactancia natural, no siendo válidos aquellos definidos como genéricos o que pueden afectar de la misma manera a toda la población trabajadora, con independencia del estado biológico. Debe quedar demostrada esta “especificidad”, para lo que es esencial realizar la evaluación de riesgos “específica”, conforme a lo establecido en el art. 4.1 de la Directiva 92/85/CEE.
- 34.** Sobre la duración máxima de la prestación por riesgo durante la lactancia natural –nueve meses de edad del menor–, nuestra propuesta va dirigida a que, desde el poder legislativo, se contemple la posibilidad de aumentarla en un período de tiempo razonable, puesto que, el hecho de que el menor tenga una edad superior a nueve meses no implica que desaparezca el riesgo para su salud. Por ello, teniendo en cuenta que el legislador de los últimos años ha entrado en la dinámica de mejora y ampliación de derechos relacionados con la maternidad y paternidad, bien estaría realizar un planteamiento de mejora de esta prestación y ampliar su duración hasta los doce meses de edad del hijo.

Bibliografía y recursos electrónicos

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., “Libro Blanco de la Vigilancia de la Salud para la Prevención de Riesgos Laborales”, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2004.
- AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. Extra 2, 2007, págs. 69-119.
- AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. Extra 2, 2007, págs. 69-119.
- AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 133, 2017, págs. 313-341.
- ALAMEDA CASTILLO, M.T., “La urgencia e inmediatez en la cobertura del puesto es irrelevante en caso de discriminación en el acceso al empleo público por maternidad: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2019, de 30 de septiembre”, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, núm. 441, 2019, págs. 151-157.
- ALAMINOS, E., AYUSO, M., “Políticas demográficas encaminadas al incremento de la natalidad: especial incidencia en el caso español”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. Extra 119, 2019, págs. 99-108.
- ALFONSO MELLADO, C.L., “El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en AA VV (SALA FRANCO, T., et al.) “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 403-434.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., “La protección familiar del trabajador”, Temas Laborales núm. 72, 2003, págs. 69-103.
- ALONSO ARANA, M., “Prestaciones por maternidad: alcance de la exención del IRPF”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 2, 2017.
- ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 267.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “La protección de la lactancia natural: las consecuencias que se derivan de una evaluación del riesgo incorrectamente practicada. Comentario de la STJUE de 19 de octubre, Otero Ramos (C-531/15)”, Derecho de la Seguridad Social LABORUM, núm. 14, 2018, págs. 143-156.

- ÁLVAREZ CUESTA, H., "El ejercicio de la paternidad biológica en solitario y la titularidad compartida de la maternidad", *Aranzadi Social*, núm. 6, 2010, págs. 27-34.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., "Situación protegida y prestación económica por riesgo durante el embarazo", *Carta Laboral*, núm. 39, 2000.
- ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.D., "Prestación de riesgo durante el embarazo y embarazo de riesgo. STSJ Canarias-Las Palmas de Gran Canaria, de 29 de abril de 2016", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196, 2017, págs. 179-187.
- ALZAGA RUIZ, I., "El derecho al disfrute de vacaciones anuales retribuidas a la luz de la jurisprudencia comunitaria", *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2014, págs. 1198-1221.
- AMAADACHOU KADDUR, F., "Unificación de doctrina en torno a la determinación del reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 21, 2019, págs. 135-151.
- APARICIO ALDANA, R. K., "Análisis de la STS, de 4 de abril de 2017, sobre despido de profesora en tratamiento de fecundación "in vitro": un ejemplo de la influencia de los pronunciamientos del TJUE como sentencias de contraste", *Derecho y Economía de la Integración*, núm. 3, págs. 141-156.
- APILLUELO MARTÍN, M., "Avances legislativos y judiciales en la protección de la maternidad", *Documentación Laboral*, núm. 86, 2009, págs. 11-46.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., "El impacto de la brecha salarial en la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social", *Documentación Laboral*, núm. 115, 2018, págs. 53-80.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., "El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable, a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo", *Revista de Información Laboral*, 6/2017, págs. 119-157.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., "Mujer y acceso al mercado de trabajo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 4, 2018, págs. 45-69.
- ARENAS VIRUEZ, M., "La acumulación de horas de lactancia en un mes de permiso: una opción del trabajador", *Temas Laborales*, núm. 78, 2005, págs. 203-218.
- ARENAS VIRUEZ, M., "Riesgo durante el embarazo: causa de suspensión del contrato y causa de despido nulo", *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, 2003.
- ARGÜELLES BLANCO, A.R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares", *Consejo Económico y Social de España*, Madrid, 2004, págs. 21-92.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., "Superposición de baja por IT y vacaciones: diferencia con la maternidad", *Aranzadi Social*, núm. 18, 2006, págs. 21191-21201.

- ASOCIACIÓN NACIONAL DE MEDICINA DEL TRABAJO EN EL ÁMBITO SANITARIO (ANMTAS), “Guía de valoración de los riesgos laborales en el embarazo y la lactancia en trabajadoras del ámbito sanitario”, Ministerio de Ciencia e Innovación, Instituto de Salud Carlos III, 2008.
- ASQUERINO LAMPARERO, M.J., “El período de prueba y el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019, págs. 89-106.
- AUGUSTIN TEJÓN, A., “Igualdad de derechos de las trabajadoras que se han acogido a un permiso parental: mandato europeo de efecto directo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 928, 2017, pág. 13.
- AZNAR EMBID, S., “El seguro obligatorio de maternidad”, *Anales del Instituto Nacional de Previsión*, núm. 58, Madrid, 1923, págs. 183-231.
- BALLESTER PASTOR, I., “El complemento de pensión por jubilación para mujeres con más de dos hijos -por su aportación demográfica a la Seguridad Social- no se abona a perceptoras de pensión de jubilación anticipada por voluntad propia. El art. 60.4º LGSS no supone una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.
- BALLESTER PASTOR, I., “Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2021.
- BALLESTER PASTOR, M. A., “Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea”, en CABEZA PEREIRO, J.; FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 17-49.
- BALLESTER PASTOR, M.A., “Artículo 133 sexies. Beneficiarias”, en AA.VV. “La Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia”, La Ley, Madrid, 2009, pág. 1017.
- BALLESTER PASTOR, M.A., “El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea”, *Lex Social*, núm. 1, 2016, págs. 72-93.
- BALLESTER PASTOR, M.A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Temas Laborales*, núm. 146, 2019, págs. 13-40.
- BALLESTER PASTOR, M.A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Femeris*, vol. 4, núm. 2, 2019, págs. 14-38.
- BALLESTER PASTOR, M.A., “El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora Embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Guisado”, *Trabajo y Derecho*, núm. 45, 2018, págs. 74-85.

BALLESTER PASTOR, M.A., "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 25, 2011, págs. 53-77.

BALLESTER PASTOR, M.A., "La ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso", *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2000.

BALLESTER PASTOR, M.A., "La prestación de maternidad", *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2013.

BALLESTER PASTOR, M.A., "La sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa "protectora" de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico", *Tribuna Social*, núm. 27, 1993, págs. 47-52.

BALLESTER PASTOR, M.A., "La transposición pendiente en el ordenamiento español de la Directiva 92/85 de protección de la maternidad (lo que significa prevenir)", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. Extra 1, 2019, págs. 189-222.

BALLESTER PASTOR, M.A., "Licencia por maternidad: aspectos laborales y de seguridad social", *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 17, (Ejemplar dedicado a: Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida laboral y protección contra la violencia de género), 2006, págs. 49-96.

BALLESTER PASTOR, M.A., "Pasado y presente de la protección de la maternidad en los convenios de la OIT y en España", *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, 2014, págs. 75-87.

BALLESTER PASTOR, M.A., "Protección de la maternidad y protección de la mujer en la OIT: avances y contradicciones", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, págs. 75-105.

BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., "Nivel de cumplimiento de la Carta Social Europea por parte del Estado Español, en materia de prevención de riesgos laborales, salud, Seguridad Social y protección social", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 137, 2018, pág. 329-364.

BARCELÓN COBEDO, S., "La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia: comentario a la STS de 24 de abril de 2012", *Aranzadi Social*, vol. 5, núm. 5, 2012, págs. 273-288.

BARCELÓN COBEDO, S.; QUINTERO LIMA, M.G., "El impacto de la Ley para la Igualdad en el marco de la normativa de la Seguridad Social", *Temas Laborales*, núm. 91, 2007, págs. 233-262.

BARRIOS BAUDOR, G., "Prestación económica de la Seguridad Social por ejercicio corresponsable en el cuidado del lactante", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021.

BARRIOS BAUDOR, G.L., "Nuevo régimen jurídico del cuidado del lactante en el ámbito laboral", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2019.

BARRIOS BAUDOR, G.L., "Prestación económica de la Seguridad Social por ejercicio corresponsable en el cuidado del lactante", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021.

BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, "Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión de los fundamentos legales y técnicos relativos a los

- agentes de riesgo para la reproducción humana”, *Mapfre Medicina*, 2004, vol. 15, núm. 1, págs. 28-43.
- BASCUAS HERNÁNDEZ, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. II. Protocolo de revisión médico-laboral de la trabajadora embarazada”, *Mapfre Medicina*, 2004, vol. 15, núm. 2, págs. 101-111.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación "in vitro" y la gestación subrogada”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018, págs. 167-195.
- BENAVENTE TORRES, I., “El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo”, *Ediciones Laborum*, Murcia, 2016.
- BENAVENTE TORRES, I., “Riesgo durante la lactancia natural. Un cambio de jurisprudencia”, *Trabajo y Derecho*, núm. 53, 2019, págs. 67-74.
- BENEYTO CALABUIG, D. et al, “Soluciones de Seguridad Social”, CISS- Kluwer, Madrid, 2007.
- BENITO BENÍTEZ, M.A., “La protección de la maternidad y de la corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho*, núm. 74, 2021.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Vuelta de tuerca contra la discriminación por razón de sexo”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 2017, págs. 23-26.
- BESTRATÉN, BELLOVÍ, M., NADAL, O., “NTP 484. Documentación del sistema de prevención de riesgos laborales (I)”, *Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST)*, 1998, pág. 3.
- BLASCO PELLICER, A. A., “El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador”, en BORRAJO DACRUZ, E., “Trabajo y libertades públicas”, *Wolters Kluwer*, 1999.
- BLASCO RASERO, C., “La familia en el derecho de la Seguridad Social”, *Aranzadi Thomson Reuters*, Pamplona, 2003.
- BONELL RUIZ, R., DEVESA CARPIO, J.E., “El complemento por maternidad de las pensiones de la seguridad social en España. Análisis financiero actuarial basado en la MCVL”, *Economía Española y Protección Social*, núm. 9, 2017, págs. 117-157.
- CABERO MORÁN, E., “La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016: disposiciones anuales y modificaciones permanentes en materia laboral y de Seguridad Social (I)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2015, págs. 118-120.
- CABERO MORÁN, E., “La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016: disposiciones anuales y modificaciones permanentes en materia laboral y de Seguridad Social (y II)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 14, 2016, págs. 89-93.
- CABEZA PEREIRO, J., “Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal (art. 37)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, págs. 783-808.

- CABEZA PEREIRO, J., "La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional", *Revista de Derecho Social*, núm. 92, 2020, págs. 41-80.
- CABEZA PEREIRO, J., "Maternidad y riesgos laborales", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 17, 2006, pág. 231-254.
- CAIRÓS BARRETO, D.M., "Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia", *Lan harremanak. Revista de relaciones laborales*, núm. 23, 2010, págs. 83-119.
- CALLAU DALMAU, P., "La aplicación del principio de igualdad de retribución contemplado en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre. Referentes supranacionales y alcance normativo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, págs. 263-298.
- CÁMARA BOTÍA, A., "El despido y la conciliación de la vida familiar y laboral", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, págs. 269-311.
- CANO GALÁN, Y., "Un nuevo caso de discriminación por razón de sexo: la no retribución de guardias no realizadas por adaptación de puesto de trabajo por embarazo y lactancia", *Diario La Ley* nº 8983, Wolters Kluwer, 2017.
- CARDENAL CARRO, M., "¿Quién pelea con Héctor? (Actividad parlamentaria en el ámbito social de la VII Legislatura)", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, págs. 169-186.
- CARDONA RUBERT, M.B., "Discriminación por fecundación in vitro: la nueva frontera al derecho de la trabajadora a ser madre. Comentario a la STS 286/2017, de 4 de abril", *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2007, págs. 185-192.
- CARRERO DOMÍNGUEZ, C., "La proyección de la Ley de Igualdad en la Prevención de Riesgos Laborales", en MERCADER UGUINA, J.R., "Comentarios a la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- CARRIZOSA PRIETO, E., "Obligatoriedad de los reconocimientos médicos, consentimiento informado y protección de datos de los trabajadores", *Temas Laborales*, 2013, págs. 231-244.
- CARTA TRIBUTARIA. REVISTA DE OPINIÓN, "El TEAC unifica criterio y establece que las prestaciones por maternidad no están exentas del IRPF", *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 25, 2017, págs. 153-154.
- CASCALES MORENO, F.J., "Obligatoriedad de sometimiento de los conductores profesionales a los reconocimientos médicos de empresa. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 21 de enero de 2019", *Diario La Ley* de 16 de septiembre de 2019, Wolters Kluwer, 2019.
- CASTELLANO BURGUILLO, E., "Funciones y alcance de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar", *Temas Laborales*, núm. 91, 2007, págs. 205-232.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A., "El subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva: puntos críticos", en "Mujer, trabajo y Seguridad Social", La Ley, Madrid, 2010.

- CASTRO ARGÜELLES, M.A., “Complementos retributivos vinculados al trabajo efectivo, periodos de suspensión de contrato por razones de maternidad y paternidad, y prohibición de discriminación por razón de sexo. STS-SOC núm. 589/2019, de 16 de julio”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2019.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. “Legislación Laboral y Responsabilidades Familiares del Trabajador (I): algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, págs. 89-100.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “¿Hacia dónde camina el nivel no contributivo de la Seguridad Social?”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007, págs. 999-1018.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “Legislación laboral y responsabilidades familiares del Trabajador (II): algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, págs. 101-114.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004, págs. 289-305.
- CEGARRA CERVANTES, F.J., “Despido nulo ante la previsión de embarazo. STSJ Comunidad de Madrid 17 julio 2015”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, 2016, págs. 365-371.
- CENARRO LAGUNAS, A., “La protección de la maternidad en el primer franquismo: pervivencia y revisión del seguro obligatorio de maternidad (1938-1942)”, en “La Historia, lost in translation? Actas del XIII Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea”, coord. GONZÁLEZ MADRID, D.A., et al., Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2017.
- CERÓN TORREBLANCA, C., “La prevención de riesgos laborales y el mundo del trabajo durante la dictadura franquista”, *Baética: Estudios de Historia Moderna y Contemporánea*, núm. 32, 2010, págs. 493-505.
- CHARRO BAENA, P. y GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Riesgo laboral durante la lactancia natural. Evaluación de los riesgos y carga de la prueba. STJUE (Sala quinta) de 19 de octubre de 2017. Asunto Elda Otero vs Servicio Galego de Saúde”, *Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 15, 2018, págs. 191-197.
- COLINA ROBLEDOS, M., “Balance de la actividad del Consejo de la Unión Europea en materia de relaciones laborales y condiciones de trabajo, protección, inclusión social y seguridad social, política social e igualdad, 2014-2015”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, págs. 333-382.
- COMISIÓN DE SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DE LOS ACUERDOS DEL PACTO DE TOLEDO, “Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo” (Recomendación núm. 17), *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie D: General*, 27/11/2020, núm. 187, págs. 14-126.
- COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación COM (1999) 100 final, de 15/03/1999. Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, 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 período de lactancia”.

COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación COM (2000) 466 final, de 05/10/2000. Sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo)”.

COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación COM (2004) 62 final, de 05/02/2004. Sobre la aplicación práctica de las disposiciones de las Directivas de salud y seguridad en el trabajo 89/31 (Directiva marco), 89/654 (Lugares de trabajo), 89/655 (Equipos de trabajo), 89/656 (Equipos de protección individual), 90/269 (Manipulación manual de cargas) y 90/270 (Pantallas de visualización)”.

COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación COM (2008) 637 final, de 03/10/2008. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, 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 período de lactancia”.

COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación COM (2020) 152 final, de 05/03/2020. Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025: una unión de la igualdad”.

CONDE COLMENERO, P., “La trabajadora embarazada y los riesgos laborales: entre la plena incorporación femenina al mercado de trabajo y las emergentes patologías profesionales”, Comunicación presentada en el X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, 2011.

CONDE-RUIZ, J.I., “Gender Gaps in the Spanish Labor Market”, FEDEA, Fundación de Estudios de Economía Aplicada, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), “La participación laboral de las mujeres en España”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2017.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), “La participación laboral de las mujeres en España”, Cauces, Cuadernos del Consejo Económico y Social, núm. 34, 2017, págs. 78-83.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), “Tercer informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2011.

CORTE HEREDERO, N., “El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal”, núm. 5, 1998, págs. 847-864.

COS EGEA, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, Aranzadi Social, Vol. 3, núm. 12, 2010, págs. 79-106.

CRUZ VILLALÓN, J. “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. Extra 1, 1999, págs. 71-104.

- CRUZ VILLALÓN, J., "La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo", *Temas Laborales*, núm. 132, 2016, págs. 73-121.
- CUESTA BUSTILLO, "Hacia el seguro de maternidad: la situación de la mujer obrera en los años veinte", en GARCÍA-NIETO (Ed.), "Ordenamiento jurídico y realidad social de las mujeres: siglos XVI a XX: actas de las IV Jornadas de Investigación Interdisciplinaria", Universidad Autónoma de Madrid, 1986.
- DE DIEGO CORDERO, R., et. al., "Género y salud laboral: una tarea aún pendiente", comunicación presentada en el VII Encuentro de la Asociación Científica de Expertos en Seguridad y Salud Laboral de Andalucía (ACESSLA), Sevilla, 17 y 18 de noviembre de 2016, Libro de Actas.
- DE JESÚS SILVANO, S.M., "La protección frente a la extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas tras el Decreto-Ley 6/2019, con breve reseña comparativa a la normativa portuguesa al respecto", *Diario La Ley* núm. 9470, Wolters Kluwer, 2019.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2007, págs. 907-941.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN "La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa", Lex Nova, Valladolid, 2007.
- DE VICENTE PACHÉS, F. e IBÁÑEZ GOZALBO, M., "El permiso por maternidad en caso de nacimiento de un hijo prematuro. Un supuesto lamentablemente olvidado", *Tribuna Social*, núm. 123, 2001, págs. 20-25.
- DIARIO LA LEY, "Anulada la sanción a una empresa por no cambiar de puesto de trabajo a una embarazada que abortó. TSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 6 febrero 2017", núm. 9.062, Sección Jurisprudencia, 17 de octubre de 2017, Wolters Kluwer.
- DIARIO LA LEY, "Complemento por maternidad a efectos de jubilación: No se contabiliza como "hijo nacido" el feto alumbrado muerto. STSJ Canarias, Sala de lo Social, Sentencia 11 septiembre 2019", *Diario La Ley* núm. 9.549, Sección Jurisprudencia, 9 de enero de 2020, Wolters Kluwer.
- DIARIO LA LEY, "Con la nueva normativa, el complemento de maternidad de las pensiones se podrá cobrar en la jubilación anticipada de forma retroactiva", núm. 9.843, Sección Jurisprudencia, 5 de mayo de 2021, Wolters Kluwer.
- DIARIO LA LEY, "Derecho de una camarera de piso a la compensación de los festivos coincidentes con su baja de maternidad", núm. 9.166, 26 de marzo de 2018, Wolters Kluwer.
- DIARIO LA LEY, "Despido nulo de trabajadora a los 9 meses y 8 días del parto", núm. 9.469, Sección Jurisprudencia, 3 de septiembre de 2019, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “Despido nulo de trabajadora en periodo de prueba tras una baja médica por embarazo de riesgo”, núm. 9.243, Sección Reseña de sentencias, 20 de julio de 2018, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “El INE discriminó a una mujer a la que no contrató por su maternidad pese a ser la primera en la convocatoria”, núm. 9.511, Sección Jurisprudencia, 5 de noviembre de 2019, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “El nuevo permiso de paternidad no absorbe la licencia por nacimiento establecida por convenio colectivo”, núm. 9.572, Sección La sentencia del día, 12 de febrero de 2020, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “El permiso de lactancia acumulado ha de calcularse sobre la hora entera de ausencia del centro del trabajo”, núm. 9.205, Sección La sentencia del día, 25 de mayo de 2018, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “El TJUE no considera discriminación por razón de sexo la exclusión del complemento por maternidad cuando la jubilación es voluntaria”, núm. 9.858, Sección La Sentencia del Día, 26 de mayo de 2021, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “El Tribunal Supremo iguala el embarazo al proceso de fecundación in vitro en fase anterior a la implantación a efectos de declarar nulo un despido”, núm. 8.986, Sección Jurisprudencia, 24 de mayo de 2017, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “El TSJ Andalucía contradice al de Madrid, y decide que la prestación por maternidad tributa en el IRPF”, núm. 8.885, Sección Hoy es Noticia, 20 de diciembre de 2016, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “Es discriminatorio negar el alta en la Seguridad Social a una embarazada de riesgo seleccionada para una interinidad”, núm. 9.167, Sección La sentencia del día, 27 de marzo de 2018, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “Impedir a una mujer el acceso a las mejoras laborales tras su baja por embarazo de riesgo es discriminatorio”, núm. 8.916, Sección La sentencia del día, 7 de febrero de 2017, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “La prestación por riesgo durante la lactancia no es compatible con la de incapacidad temporal”, núm. 9.272, Sección Jurisprudencia, 4 de octubre de 2018, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “Más de 380.000 mujeres reciben el complemento de maternidad en su pensión en España”, núm. 9.192, 8 de mayo de 2018, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “Prestación por riesgo durante la lactancia natural para las trabajadoras de las gasolineras”, núm. 9.000, Sección Jurisprudencia, 14 de junio de 2017, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “Se reconoce a una peluquera la prestación de riesgo por embarazo debido a la bipedestación continuada (STSJ de Aragón de 15/06/2017)”, núm. 9.145, 22 de febrero de 2018, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “Se suspende el cobro de la prestación por riesgo durante el embarazo cuando la trabajadora es incluida en un ERTE”, núm. 9.806, Sección Jurisprudencia, 9 de marzo de 2021, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “Según el Tribunal Constitucional, las bajas por embarazo de riesgo y por maternidad no se pueden equiparar al resto de permisos y licencias”, núm. 8.873, Sección La sentencia del día, 29 de noviembre de 2015, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “Un despido colectivo no siempre puede considerarse un «caso excepcional» que permita despedir a una trabajadora embarazada”, 25 de septiembre de 2017, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “Un pensionista consigue que el INSS le abone el complemento por maternidad que solo se reconocía a las mujeres”, núm. 9.672, Sección Hoy es Noticia, 13 de julio de 2020, Wolters Kluwer.

DIARIO LA LEY, “Una empresa debe indemnizar a una trabajadora con 25.000 euros por no abonarle el bonus por ausencias derivadas de su maternidad”, núm. 9.534, Sección Jurisprudencia, 11 de diciembre de 2019, Wolters Kluwer.

DÍAZ MOYA, R., “Del paternalismo a la protección de la maternidad: un proceso de inconvenientes”, Revista Estudios Institucionales, Vol. 7, núm. 12, 2020, págs. 65-129.

DILLA CATALÁ, M.J., “El derecho a la licencia retribuida por lactancia”. Actualidad laboral, núm. 1, 1989, págs. 209-216.

DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo”, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de noviembre de 2020 (Serie D, Núm. 175), pág. 31 y ss.

DUEÑAS FERNÁNDEZ, D., IGLESIAS FERNÁNDEZ, C., LLORENTE HERAS, R., “Push in or push out?: La discriminación de la mujer en el mercado de trabajo español”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 111, 2014, págs. 37-62.

DURÁN LÓPEZ, F., “Informe sobre riesgos laborales y su prevención: la seguridad y la salud en el trabajo en España”, Ministerio de la Presidencia, 2001.

ELORZA GUERRERO, F., “La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas”, Temas Laborales, núm. 98/2009, págs. 239-248.

ERRANDONEA ULAZIA, E., “El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres”, Derecho de la Seguridad Social. Laborum, núm. 7, 2016, págs. 75-95.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “La mujer trabajadora en el derecho histórico del trabajo en España”, Editorial Comares, Granada, 2019.

ESCUDERO ALONSO, L.J., “Comentario de Jurisprudencia Social: Reconocimientos médicos: ¿voluntarios u obligatorios”, Consell Obert, 2015, págs. 29-30.

- ESCUADERO ALONSO, L.J., “La protección de la fecundación in vitro frente al despido”, *Consell Obert*, núm. 328, 2017, págs. 9-10.
- ESCUADERO ALONSO, L.J., “La protección de la mujer embarazada frente al despido colectivo”, *Consell Obert*, núm. 332, 2017, págs. 9-10.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., “La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscurros”, en *Relaciones Laborales*, núm. 9, 1989, págs. 86-118.
- ESPUNY TOMAS, M.J., “La protección de la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”, *Iuslabor*, núm. 2, 2007.
- ESPUNY TOMÁS, M.J., “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, *Iuslabor*, núm. 2, 2006.
- ETULAIN GÓMEZ, S., “A duty of both: revising eu’s legal framework on maternity, paternity and parental leave for effective gender equality in employment”, *Iuslabor*, 3/2017, págs. 249-276.
- FABREGAT MONFORT, G., “¿Obligación de comunicar el embarazo? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero del 2003. C-320/2001. Busch contra Klinikum Neustadt GmbH -Co. Betriebs- K)”, *Derecho Social*, núm. 24, 2003.
- FABREGAT MONFORT, G., “El embarazo en el Derecho del Trabajo: la nueva tutela jurídica en el despido de la trabajadora embarazada”, *Derecho Social*, núm. 48, 2009, págs. 163-171.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo nuestra tutela "preventiva" es insuficiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16”, *Trabajo y Seguridad Social*, núm. 425-426, 2018, págs. 152-162.
- FERNÁNDEZ COLLADOS M. B., “Negociación sobre la adaptación de la jornada por razones personales o familiares”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014, págs. 35-70.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “El permiso de lactancia: duración y acumulación en los supuestos de parto y adopción múltiple”, en CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, núm. 79, 2005, págs. 11-68.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Comentarios a la ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa reglamentaria”, Dykinson, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ NIETO, L.A., “Una nueva medida contra la discriminación: el complemento para reducir la brecha de género en las pensiones contributivas”, *Diario La Ley*, núm. 9.846, Sección Dossier, 10 de mayo de 2021, Wolters Kluwer.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La prestación económica derivada del permiso por maternidad a tiempo parcial”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2002, págs. 5-20.

- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "Sobre la no contributividad del nuevo supuesto de maternidad y de la reformada renta activa de inserción", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007, págs. 1361-1370.
- FERNÁNDEZ PRATS, C., "Cotización durante la incapacidad temporal técnica y sus consecuencias en la acción protectora, un problema no resuelto tras la Ley 40/2007", *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008 págs. 109-116.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M., "Adopción del hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho: ¿derecho a una prestación por maternidad?", *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010, págs. 169-185.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M., "Reducción de jornada y posibilidad de acumular el tiempo de reducción", *Aranzadi Social*, núm. 16, 2006, págs. 1053-1082.
- FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., "La prestación no contributiva por maternidad", *Aranzadi Social* núm.2, 2013, págs. 41-64.
- FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., "La prestación por maternidad", Bomarzo, Albacete, 2013.
- FRANCO GONZÁLEZ, J., "Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (en aplicación de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo). Comentarios a la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007, págs. 287-298.
- GALA DURÁN, C., "Igualdad de género. El nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Pensiones. Complemento", *La Administración Práctica*, núm. 5, 2021.
- GALA DURÁN, C., "Las novedades incorporadas en el RDL 6/2019: la "transformación" de los permisos por maternidad y paternidad", *La Administración Práctica* núm. 6, 2019, págs. 93-112.
- GALÁN GARCÍA, A., (Dir.) "La prevención de los accidentes del trabajo", Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, 2008, págs. XVI-XVII. Obra facsímil del libro original de 1933 de PALANCAR, M. y PÉREZ BOTIJA, E.
- GALLEGO LOSADA, R., "El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones", *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 403, 2016, págs. 19-54.
- GALLEGO MORA, F., "Embarazo y despido. Veinte años en el camino hacia la igualdad: de la Ley 39/1999 al RD Ley 6/2019", *Revista de Derecho Social*, núm. 88, 2019, págs. 219-244.
- GALLO FERNÁNDEZ, M., "Autorización e inspección de las actividades sanitarias de los servicios de prevención de riesgos laborales", Gobierno de Navarra, instituto Navarro de Administración Pública, 2009.

- GARCÍA CAMPÁ, S., “Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre”, Trabajo y Seguridad Social, núm. 433, 2019, págs. 153-174.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La protección de la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”, Iuslabor, núm. 2, 2007.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 137, 2018, págs. 43-78.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G., “Los inicios de la previsión social en España: responsabilidad patronal y seguro de accidentes en la Ley de accidentes del trabajo de 1900”, Lex Social, Vol. 5, núm. 2, 2015, págs. 1-32.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G., “Los trabajos prohibidos a la mujer en el Real Decreto de 25 de enero de 1908: la exclusión como instrumento de protección”, Iuslabor, núm. 2, 2014.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G., “Orígenes y Fundamentos de la Prevención de Riesgos Laborales en España (1873-1907)”, Universidad de Barcelona, Tesis doctoral, 2007.
- GARCÍA LUIS, T., “La discutida exención en el IRPF de las prestaciones de maternidad abonadas por la Seguridad Social. Comentario a la Resolución del TEAC 7334/2016, de 2 de marzo 2017”, Nueva fiscalidad, núm. 1, 2017, págs. 187-198.
- GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I., “Riesgo durante la lactancia natural y trabajo a turnos/nocturno. STS, Sala Social, de 6 de febrero de 2019 (RCUD núm. 4016/2017)”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 1, 2019.
- GARCÍA NINET, I., “Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)”, Revista de Trabajo, núm. 94, 1989, págs. 9-44.
- GARCÍA PIÑEIRO, N.P., “La prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas en un despido colectivo: una nueva petición de decisión prejudicial. ATSJ Cataluña, de 20 enero 2016”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 192, 2016, págs. 323-333.
- GARCÍA ROMERO, M.B., “Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional”, Revista de Derecho Social, núm. 74, 2016, págs. 113-138.
- GARCÍA RUBIO, M.A., “Despido por causas empresariales y conciliación familiar: garantías de las personas trabajadoras a la luz de la actual normativa y jurisprudencia”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 236, 2020, págs. 71-110.
- GARCÍA SÁNCHEZ, J.D., “La elección del turno de trabajo por motivos de salud”, Revista de Información Laboral, núm. 8, 2017, págs. 55-68.

- GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., “Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GARCÍA TESTAL, E., “La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA VIÑA, J., “La obligación del empresario de prevenir los riesgos físicos y psico-sociales en relación a la mujer embarazada. ¿Qué relación existe entre esta protección y el conocimiento del embarazo después de la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio?”, *Aranzadi Social*, Vol. 1, núm. 14, 2008, págs. 63-77.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos” en CASAS BAAMONDE, M.E. et al, “Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales”, *La Ley-Actualidad*, Madrid, 1997, pág. 45.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Evaluación de riesgos laborales y maternidad: el RD 298/2009, de 6 de marzo, o el peligroso hábito normativo de transposición «por entregas»”, *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 143, 2009, págs. 627-649.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social”, *Consejo Económico y Social de España*, Madrid, 2004.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Vigilancia de la salud versus intimidad del trabajador: condiciones de realización de los reconocimientos médicos preventivos”, *Tribuna Social*, núm. 164-165, 2004, págs. 7-21.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; CEBRIÁN CARRILLO, A., “La maternidad y paternidad en el derecho de la Unión Europea. Comentario a la Directiva 2006/54/CE; su inmediata incorporación por la futura Ley de igualdad y el propósito reparador de ésta respecto de algunos defectos transitorios de la Directiva 92/85/CE”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007, págs. 241-274.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. “Contingencias profesionales y género en la negociación colectiva sectorial”, *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2018, págs. 177-189.
- GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRES, L.E., “Poderes directivos empresariales y conciliación de la vida laboral y familiar: una asignatura pendiente”, en BORRAJO DACRUZ, E., “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, *La Ley-Actualidad*, 2010.
- GÓMEZ ARBÓS, J., “Alcance y responsabilidades de la vigilancia de la salud en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 453, 2020, págs. 65-102.
- GÓMEZ CABALLERO, P., “La seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, 2015, págs. 161-194.
- GÓMEZ CABALLERO, P., “Vigilancia y control del estado de salud y respeto al derecho a la intimidad del trabajador”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2005, págs. 11-35.

- GÓMEZ GORDILLO, R., "Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción", *Aranzadi Social*, Vol. 3, núm. 21, 2011, págs. 57-65.
- GONZÁLEZ DE LA TAJADA, I., "Discriminación por razón de sexo al no tener la oportunidad de alcanzar mejoras en contrato de trabajo estando de baja por riesgo en el embarazo", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2017, págs. 183-185.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., "Una interpretación sobre los límites a la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores", *Aranzadi Social*, núm. 52, 2011, págs. 61-72.
- GONZÁLEZ GÓMEZ, M.F., "Salud laboral y género. Apuntes para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales", *Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 57, 2011, págs. 89-114.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., "Permisos retribuidos por nacimiento de hijo y por lactancia", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2011, págs. 67-84.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., "Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2, 2018, págs. 69-83.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., APARICIO TOVAR, J., "Comentarios a la ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales", Trotta, 1996.
- GONZÁLEZ POSADA, C., "Los seguros sociales", ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1929.
- GOÑI SEIN, J.L., "La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer", *Temas Laborales*, núm. 82, 2005, págs. 11-46.
- GOÑI SEIN, J.L., "Los límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales", *Derecho Social*, núm. 5, 1999, págs. 49-74.
- GOÑI SEIN, J.L., et al "Seguridad y salud en el trabajo", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 2017, núm. 201, págs. 245-257.
- GOÑI SEIN, J.L.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; APILLUELO MARTÍN, M.; y SIERRA HERNÁIZ, E., "Seguridad y salud en el trabajo", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 201, 2017, págs. 245-257.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., "El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2014, págs. 19-44.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., "La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia", *Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 20, 2019, págs. 47-70.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., "La protección por maternidad", Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1999, págs. 755-798.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en AA.VV. (Coords. OJEDA-AVILÉS, A., ALARCÓN CARACUEL, M.R., RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.) “La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995”, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 242.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal”, en obra colectiva, Coord. GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, págs. 125-160.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., IGARTUA MIRÓ, M.T., “Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- GOROSPE OVIEDO, J.I., “La equívoca exención de la prestación por maternidad (y paternidad) en el IRPF y su nueva regulación”, *Quincena fiscal*, núm. 4, 2019, págs. 59-84.
- GRANELL PÉREZ, R., SALVADOR CIFRE, C., “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 98, 2020, págs. 287-322.
- GRAU PINEDA, C., “La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 y la brecha en las pensiones”, *Trabajo y Derecho*, núm. 73, 2021.
- GÚTIEZ SAINZ-PARDO, A., “¿Garantiza la igualdad de trato y oportunidades el Real Decreto-ley 6/2019 sobre conciliación familiar y laboral?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 955, 2019.
- HERRAIZ MARTÍN, M.S., “El impacto de las últimas reformas en la conciliación familiar y laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2014, págs. 49-68.
- IGARTUA MIRÓ, M. T., “Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer”, *Temas Laborales*, núm. 91, 2007, págs. 263-296.
- IGARTUA MIRÓ, M.T., “Comentario al artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Vigilancia de la salud (I)”, “Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Grandes Tratados Aranzadi Social*, 2010.
- IGARTUA MIRÓ, M.T., “Compendio de Prevención de Riesgos”, *Laborum*, Murcia, 2004.
- IGARTUA MIRÓ, M.T., “Directiva (UE) 2017/2398 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2018, núm. 425-426, págs. 136-137.

- INDA ERREA, M., “Despido procedente de un trabajador por negarse al reconocimiento médico”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2013.
- INDA ERREA, M., “El permiso por nacimiento de hijo regulado por convenio colectivo no se puede disfrutar”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2021.
- INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES, “Perfil del pensionista no contributivo de la Seguridad Social y del beneficiario de prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad”, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2020.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2011.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Manual de procedimientos de prevención de riesgos laborales. Guía de elaboración”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- JACQMAIN, J., “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2013 a 31/8/2014)”, *Aequalitas*, núm. 35, 2014, págs. 16-24.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La Carta Social Europea (revisada): entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, 2009.
- JOAQUÍN VALENCIA, J.A., “Novedades en la exención de las prestaciones por maternidad”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 945, 2018, págs. 11-11.
- LABORATORIO OBSERVATORIO DE CONDICIONES DE TRABAJO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO (LAOGEN), “Boletín informativo nº 1/2012”, Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.
- LABORATORIO OBSERVATORIO DE CONDICIONES DE TRABAJO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO (LAOGEN), “Boletín informativo nº 2/2013”, Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.
- LASAOSA IRIGOYEN, E., “Delimitación de la situación protegida en la prestación por riesgo durante la lactancia natural”, en obra colectiva, “Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social”, *Laborum*, Murcia, 2017.
- LAVIÑETA JASO, T., “Obligatoriedad de los RME en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”, *Consell Obert*, núm. 338, 2018, págs. 13-15.

- LEAL RAMOS, L., "El Seguro de maternidad en los medios rurales", Boletín de Información del Instituto Nacional de Previsión (INP), año II, núm. 7, julio 1942.
- LEÓN LLORENTE, C., MARCALETTI, F., "Maternidad y trabajo: una aproximación al análisis de decisiones de las mujeres españolas", Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, págs. 53-82.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E., "Reconocimiento de la prestación de riesgo durante el embarazo vinculado a la presencia de riesgo específico y no genérico. Sentencia comentada: JS de Cutatdella de Menorca (Comunidad Autónoma de las Islas Baleares) de 11 de septiembre de 2020", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 239, 2021, págs. 227-236.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., "Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 127, 2017, págs. 173-194.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C.; FERRANDO GARCÍA, F.M., "Maternidad y discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo público: a propósito de la STC 108/2019, de 30 de septiembre de 2019", Revista de Derecho Social, núm. 90, 2020, págs. 151-167.
- LÓPEZ GANDÍA, J., BLASCO LAHORZ, J.F., "Curso de prevención de riesgos laborales", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- LÓPEZ INSUA, B.M., "Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española", Aranzadi Social, núm. 10, 2013, págs. 243-263.
- LÓPEZ TERRADA, E., en "El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M.P., "La vigilancia de la salud de los trabajadores. La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004", Revista de Información Laboral, núm. 16, 2004, págs. 2-13.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "El caso González Carreño contra España", Aequalitas, núm. 37, 2015, págs. 6-15.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora", Instituto de la Mujer, Madrid, 2002.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as: a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez", Diario La Ley, núm. 7.536, 2010.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia", Actualidad Laboral, núm. 3, 1998, págs. 703-726.

- LOUSADA AROCHENA, J.F., "La reducción de jornada por motivos familiares", *Revista del Poder Judicial*, núm. 80, 2005, págs. 145-163.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "La reforma de la seguridad social desde una perspectiva de género", *Aequalitas*, núm. 31, 2012, págs. 33-40.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "La reforma laboral 2010/2012 desde una perspectiva de género", *Aequalitas*, núm. 32, 2013, págs. 16-28.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "Los derechos de los progenitores en caso de parto prematuro u hospitalización del neonato subsiguiente al parto", *La Ley*, núm. 4, 2002, págs. 1685-1687.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "Permiso de paternidad y conciliación masculina", Bomarzo, Albacete, 2008.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: "El riesgo durante el embarazo (I)", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2001, págs. 561-582.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.; RON LATAS, R.P., "El permiso para el cuidado del lactante y la nueva prestación social por su ejercicio corresponsable", *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020, págs. 3-15.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.; RON LATAS, R.P., "La negociación colectiva sobre la prevención de riesgos laborales: significación y delimitación de los espacios negociales", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 427, 2018, págs. 91-114.
- LOZANO LARES, F., "Los déficits de protección social del trabajo femenino", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, págs. 84-125.
- LUCAS DURÁN, M., "Sobre la pretendida exención en el IRPF de la prestación por maternidad pagada por el INSS y otras entidades integradas en el régimen de la Seguridad Social. Análisis de la STSJ de Madrid de 6 de julio de 2016 (rec. núm. 967/2014) y de la STSJ de Andalucía de 27 de octubre de 2016 (rec. núm. 337/2015)", *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, núm. 408, 2017, págs. 157-176.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "La declaración de "apta" ya no es suficiente. Traslación de la carga de la prueba en situaciones de riesgo durante la lactancia natural. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de noviembre de 2017, recurso 1052/2014", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2018, núm. 418, págs. 163-167.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "La declaración de "apta" ya no es suficiente. Traslación de la carga de la prueba en situaciones de riesgo durante la lactancia natural. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de noviembre de 2017, recurso 1052/2014", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 418, págs. 163-167.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R., "Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: disposiciones extravagantes y otras cuestiones reguladas en la Ley 39/1999", *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, págs. 1197-1210.

- MARTÍN VALVERDE, A. et al., “La legislación social en la Historia de España (de la Revolución Liberal a 1936)”, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- MARTÍNEZ BOTELLO, P., “De las prestaciones por maternidad/paternidad a la de nacimiento y cuidado del menor de 12 meses”, *Aranzadi Doctrinal*, núm.1, 2020.
- MARTÍNEZ FONS, D., “La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004, pág. 403-420.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., “La seguridad social, «en general», en los convenios de la OIT”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 112, 2014, págs. 35-49.
- MARTÍNEZ MORENO, C., “El seguro de maternidad” en GARCÍA MURCIA, J., et. al., “Legislación histórica de previsión social”, *Aranzadi*, 2009.
- MARTÍNEZ MORENO, C., “Soluciones inesperadas en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones: en particular sobre la coincidencia del mismo con el permiso por maternidad”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2004, págs. 3015-3022.
- MATA SIERRA, M.T., “A vueltas con la discutible exención de las prestaciones de maternidad y paternidad del artículo 7H) de la LIRPF”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 183, 2019, págs. 127-152.
- MEIL, G.; ROGERO-GARCÍA, J.; ROMERO-BALSAS, P.; CASTRILLO-BUSTAMANTE, C., “El camino hacia permisos de maternidad y paternidad iguales e intransferibles en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 141, 2019, págs. 15-36.
- MELLA MÉNDEZ, L., “Mujer trabajadora y empleo tecnológico: medidas de actuación urgente contra la brecha digital de género”, *Trabajo y Derecho*, núm. 66, 2020.
- MELLA MÉNDEZ, L., “Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, págs. 1211-1222.
- MERCADER UGUINA, J.R., “Filantropía, beneficencia y caridad en el primer derecho obrero”, *Civitas, Revista española de derecho del trabajo*, núm. 137, 2008, págs. 27-71.
- MILIONE, C., “¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la Carta Social Europea, revisada en 1996?: Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión”, *Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 2, núm. 2, 2012, págs. 113-132.
- MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, “Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 119, 2016, págs. 261-284.
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, “Buenas prácticas de la negociación colectiva sectorial en materia de prevención de riesgos laborales”, *Foment del Treball*, 2020.

- MIÑARRO YANINI, M., "Promoción de la salud, sí, pero no vinculada al salario por decisión unilateral de la empresa", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 413-414, 2017, págs. 196-201.
- MIRANDA BOTO, J.M., "La Directiva 92/85/CEE como instrumento fundamental de protección de la mujer embarazada: jurisprudencia reciente", en BORRAJO DACRUZ, E., "Mujer, trabajo y Seguridad Social", *La Ley-Actualidad*, 2010, págs. 713-728.
- MIRANDA BOTO, J.M., "La Directiva 92/85/CEE: una norma clásica de perenne actualidad", en CABEZA PEREIRO, J.; FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., "Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos", *Tirant Lo Blanch*, 2011.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L., "Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. Extra 1, 2019, págs. 157-188.
- MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., "Maternidad y Derecho al disfrute de vacaciones anuales: Doctrina Constitucional", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2006, págs. 3239-3245.
- MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., "Igualdad en las condiciones de trabajo y permiso por maternidad. Comentario a la STJCE de 16 de febrero de 2006", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 678, 2007, págs. 309-316.
- MOLINA NAVARRETE, C., "¿"Espíritu social", "técnica maquiavélica"?, el "derecho" que queda de las "leyes de viernes social" al desvanecerse su "humo político"", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 433, 2019, págs. 5-27.
- MOLINA NAVARRETE, C., "Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 445, 2020, págs. 188-201.
- MOLINA NAVARRETE, C., "De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 457, 2021, págs. 135-163.
- MOLINA NAVARRETE, C., "Guía de negociación colectiva. Conciliación de la vida familiar y laboral", *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, Sevilla, 2006.
- MOLINA VEGA, J., MARTÍNEZ PÉREZ, E., "Perspectiva jurídico laboral de la vigilancia de la salud durante la maternidad: puntos críticos", *Revista de la Sociedad Española de Medicina y Seguridad del Trabajo*, Vol. 2, núm. 4, 2007, págs. 161-172.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., "La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 79, 2009, págs. 159-188.

- MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G., "Nuevas medidas de Seguridad Social al cierre de la XII legislatura: a propósito de los denominados "viernes sociales"", Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 19, 2019, págs.13-28.
- MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)", Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, núm. 22, 2020, págs. 13-24.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ INIESTA, G. "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 de febrero)", Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 27, 2021, págs. 11-23.
- MONTALVO CORREA, J., "Fundamentos de Derecho del Trabajo", Civitas, Madrid, 1975.
- MONTOYA MEDINA, D., "Aspectos instrumentales y metodológicos de la investigación universitaria del Derecho del Trabajo", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 6, núm. 3, 2018, págs. 6-28.
- MONTOYA MEDINA, D., "En torno al alcance de ciertos condicionantes legales de la vigilancia de la salud de los trabajadores", Trabajo y Derecho, núm. 29, 2017, págs. 40-55.
- MONTOYA MELGAR, A., "Un año de jurisprudencia constitucional en materia laboral", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 207, 2018, págs. 11-23.
- MONTOYA MELGAR, A., CÁMARA BOTÍA, A., "Principios jurídicos de la protección de la salud de los trabajadores en la empresa", La Mutua, Fraternidad Muprespa, 2002.
- MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J., "Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo", McGraw Hill, 2000.
- MORENO GENÉ, J., "De la suspensión del contrato por paternidad a la suspensión del contrato del otro progenitor por nacimiento de hijo: ¿un paso definitivo hacia la corresponsabilidad?", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 227, 2020, págs. 23-75.
- MORENO GENÉ, J., ROMERO BURGUILLO, A.M., PARDELL VEA, A., "La prestación por riesgo durante el embarazo: a propósito del Real Decreto 1251/2001 de 16 de noviembre", Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 228, 2002, págs. 3-36.
- MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M., "Maternidad y salud laboral", Tirant Lo Blanch, 2000.
- MORENO MÁRQUEZ, A., "Los contratos formativos", Temas Laborales, núm. 107, 2010, págs. 123-161.

- MORENO MÁRQUEZ, A., “Riesgo de enfermedad profesional y reconocimientos médicos”, *Aranzadi Social*, Vol. 4, núm. 6, 2011, págs. 197-208.
- MORENO ROMERO, F., “El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 25, 2020, págs. 147-158.
- MORENO ROMERO, F., “La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, págs. 678-715.
- MORENO SAENZ, N., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 992. Embarazo y lactancia natural: procedimiento para la prevención de riesgos en las empresas”, INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), 2013.
- MORENO SAENZ, N., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 993. Embarazo y lactancia natural: la empresa y la prestación por riesgo laboral”, INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), 2013.
- MORENO SOLANA, A., “La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- MORGADO PANADERO, P., “La triple tutela del embarazo y de la lactancia en la normativa laboral y de seguridad social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 144, 2009, págs. 953-970.
- MUÑOZ MOLINA, J., “La mujer en el ordenamiento de la Seguridad Social”, en obra colectiva AA.VV., Coord. SÁEZ LARA, C., “Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas”, Ediciones Laborum, Murcia, 2016.
- MUÑOZ MOLINA, J., “Prestaciones de la Seguridad Social vinculadas con la maternidad”, en obra colectiva AA.VV., Coord. SÁEZ LARA, C., “Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas”, Ediciones Laborum, Murcia, 2016.
- MUÑOZ RUIZ, A. B., “Problemas recientes sobre vigilancia de la salud: los casos de las empresas “Transportes Intercity” y “Servicios integrales KTZ””, *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2015, págs. 67-75.
- NAVARRO NIETO, F., “El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, págs. 110-116.
- NAVARRO NIETO, F., “El tratamiento de la Prevención de Riesgos Laborales en la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 75, 2004, págs. 11-58.
- NAVARRO NIETO, F., “La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012, págs. 41-71.
- NAVARRO NIETO, F., “Lecciones de Derecho del Trabajo”. Tomo I, Ediciones Don Folio, Córdoba, 2014.

- NAVARRO NIETO, F., “Los reconocimientos médicos como instrumentos de vigilancia de la salud laboral: condicionantes legales y jurisprudenciales”, *Aranzadi Social*, Págs. 151-166.
- NAVARRO NIETO, F., “Riesgos laborales por lactancia natural y discriminación por razón de sexo: novedades en la jurisprudencia”, *Diario La Ley* núm. 9287, de 26 de octubre de 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- NAVARRO NIETO, F.; VAQUERO ABELLÁN, M., “Políticas de tutela frente a los riesgos en supuestos de embarazo y lactancia”, Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, Sevilla, 2012.
- NEVADO FERNÁNDEZ, M.J., “El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de seguridad social) (I)”, *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 105, 2001, págs. 365-392.
- NIETO ROJAS, P., “Género, prevención de riesgos y negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2017, págs. 165-182.
- NOGAREDA CUIXART, S., NOGAREDA CUIXART, C., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 413: Carga de trabajo y embarazo”, INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), 1996.
- NÚÑEZ PÉREZ, M.G., “La implantación y los resultados del Seguro de Maternidad en la segunda república”, en GARCÍA-NIETO (Ed.), *Ordenamiento jurídico y realidad social de las mujeres: siglos XVI a XX: actas de las IV Jornadas de Investigación Interdisciplinaria*, Universidad Autónoma de Madrid, 1986.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en las reducciones y adaptaciones de jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, págs. 107-133.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad”, *Temas Laborales*, núm. 77, 2004, págs. 305-328.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “La licencia por maternidad de la trabajadora”, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “La protección jurídica por maternidad, adopción o acogimiento”, en AA.VV., “Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas”, Dykinson, Madrid, 2008.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Los orígenes de la protección por maternidad”, *Revista de Fomento Social*, núm. 225, 2002, págs. 25-42.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Los orígenes de la protección por maternidad”, *Revista de Fomento Social*, núm. 225, 2002, págs. 25-42.

- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., VELASCO PORTERO, T., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas", Dykinson, Madrid, 2008.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F., "Jornada de trabajo y derechos de conciliación", Tecnos, Madrid, 2015.
- OBSERVATORIO ARGOS. SISTEMA DE PROSPECCIÓN PERMANENTE DEL MERCADO DE TRABAJO DE ANDALUCÍA, "La mujer en el mercado de trabajo andaluz. Datos de 2019", Servicio Andaluz de Empleo. Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, 2020.
- OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES DEL SERVICIO PÚBLICO DEL EMPLEO ESTATAL, "Informe del mercado de trabajo de las mujeres", Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020.
- OLMOS PARÉS, I., "El principio de igualdad y la tutela: contra la discriminación", Aequalitas, núm. 23, 2008, págs. 70-82.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo", 108ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2019.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)", 92ª Conferencia Internacional del Trabajo, 1-17 de junio de 2004, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2004.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Informe mundial sobre salarios 2018/19: ¿qué hay detrás de la brecha salarial de género?", Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019. pág. 102.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: avance global sobre las tendencias del empleo femenino 2018", Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, "Reproductive Health Indicators Reproductive Health and Research Guidelines for their generation, interpretation and analysis for global monitoring", Ginebra, Suiza, 2006.
- ORTIZ GARCÍA, P., COSIMI, L., "Trabajo a tiempo parcial de las mujeres en España e Italia: el debilitamiento de la norma de empleo estable", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 131, 2017, pág. 48.
- PALANCAR, M., y PÉREZ BOTIJA, E., "La prevención de los accidentes de trabajo por los modernos métodos psicológicos, gráficos y mecánicos; eficacia comparativa de unos y otros desde los puntos de vista humanitario y económico", Instituto Nacional de Previsión (INP), Madrid, 1934.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., "Derecho del Trabajo", 21ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013.

- PALOMINO SAURINA, P., "Algunos aspectos legales de la protección de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva: la prestación por maternidad y las prestaciones familiares", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.41, 2015, págs. 209-222.
- PALOMINO SAURINA, P., "Concesión de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, aunque no existe evaluación de riesgos", *Revista de Información Laboral* núm. 4, 2018.
- PALOMINO SAURINA, P., "Posibilidad de percibir una prestación por riesgo durante la lactancia natural durante una situación de excedencia voluntaria (Comentario de la sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de abril de 2015)", *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2016, págs. 145-149.
- PANIZO ROBLES, J.A., "La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 34, 2002, págs. 13-74.
- PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., "La vigilancia de la salud en el ámbito laboral", Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2005.
- PEDROSA ALQUEZAR, S.I.: "La compatibilidad entre maternidad y vacaciones: el caso Merino Gómez", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013, págs. 183-198.
- PEÑA GARCÍA, M.V., "Riesgo durante la lactancia natural", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, págs. 71-84.
- PERÁN QUESADA, S., "De la tutela diferenciada de la maternidad y la paternidad a la protección por nacimiento y cuidado de menor desde una perspectiva constitucional", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 20, 2019, págs. 129-141.
- PÉREZ ALONSO, M.A., "Informe sobre el RD 295/2009, de 6 de marzo, en materia de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia", *Aranzadi Social*, núm. 3, 2009.
- PÉREZ CAMPOS, A.I., "Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL, 2007.
- PÉREZ DEL RIO, M.T., BALLESTER PASTOR, M.A., "Mujer y salud laboral", Wolters Kluwer, 1999.
- PÉREZ DEL RÍO, T., "Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derechos de interrupción o reducción de la actividad la actividad laboral para atender responsabilidades familiares", en obra colectiva coordinada por LÓPEZ LÓPEZ, J., "Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador", Marcial Pons, 2001.
- PÉREZ ZAPATA, A., DEL PRADO LÓPEZ, O., GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M.T., "Embarazo y carga física", en ESCUELA NACIONAL DE MEDICINA DEL TRABAJO, "Guía práctica de salud laboral para la valoración de: aptitud en trabajadores con riesgo de exposición a carga física", Instituto de Salud Carlos III, Ministerio de Economía y Competitividad, 2015.

- POQUET CATALÁ, R., “Criterios de selección, prioridad de permanencia, prohibición de discriminación y trabajadoras embarazadas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2018, págs. 63-82.
- POQUET CATALÁ, R., “El permiso por lactancia en las últimas reformas laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2014.
- POQUET CATALÁ, R., “Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (y II)”, *Aranzadi Social*, Vol. 4, núm. 9, 2012, págs. 155-176.
- POYATOS I MATAS, G., “Juzgando con perspectiva de género, y del niño/a, las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1339/2019, de 17 de diciembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 443, 2020, págs. 109-119.
- POYATOS MATAS, G., “De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al «complemento por maternidad»”, *CEF Gestión: Revista de actualización empresarial*, núm. 246, 2019, págs. 63-75.
- POYATOS MATAS, G., “Juzgando con perspectiva de género el complemento de maternidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 904/2019, de 11 de septiembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 442, 2020, págs. 141-148.
- PUMAR BELTRÁN, N., “Una visión crítica de la protección de las familias monoparentales por la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2012, págs. 25-57.
- PURCALLA BONILLA, M.A., “Heterotutela y autotutela de la seguridad e higiene en el trabajo, un estudio sobre la deuda de seguridad del empresario”, *Universitat Rovira i Virgili*, 1998.
- PURCALLA BONILLA, M.A., RIVAS VALLEJO, M.P., “La protección de la maternidad en la relación laboral”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1998, págs. 809-846.
- QUINTERO LIMA, M.G., “El permiso de lactancia y el riesgo durante la lactancia: novedades y algunos problemas prácticos”, en MERCADER UGUINA, J.R., “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2007, págs. 539-587.
- RAMOS MORAGUES, F., “La evaluación de los riesgos durante el período de lactancia natural, a efectos del reconocimiento del derecho a la prestación. Principales problemas y soluciones ofrecidas por la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, págs. 380-404.
- RAMOS QUINTANA, M.I., “El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 61, 2020, págs. 11-15.

- RAMOS QUINTANA, M.I., “Reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas: la reconstrucción de una frustrada acción positiva en el extinto complemento por maternidad”, Trabajo y Derecho, núm. 77, 2021.
- RAMOS QUINTANA, M.I., “Transformaciones del trabajo y derechos de las mujeres”, Trabajo y Derecho, núm. 18, 2016, págs. 12-17.
- RAMOS QUINTANA, M.I., en “El complemento por maternidad en el Sistema de Seguridad Social: las compensaciones implícitas en su código genético y la erosión de una acción positiva”, Revista de Derecho Social, núm. 89, 2020, págs. 121-150.
- REAL MONTERO, S., “La corresponsabilidad en la Unión Europea, un camino por recorrer”, Lex social: Revista de los derechos sociales, Vol. 6, núm. 1, 2016, págs. 179-200.
- RILLO PERALTA, E., “El delito contra la seguridad y salud en el trabajo”, Revista Técnico Laboral, Vol. 37, núm. 144, 2015, págs. 259-272.
- RÍOS MESTRE, J.M., “Prestación por riesgo durante el embarazo”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 134, 2018, págs. 107-134.
- RIVAS VALLEJO, M.P., “La conciliación de la vida familiar y laboral”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 3, 2004, págs. 245-410.
- RIVAS VALLEJO, M.P., “La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad. STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18)”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 1, 2020.
- RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., “Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos (I)”, Trabajo y Derecho, núm. 16, 2016, págs. 106-114.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Ausencias retribuidas y reducciones de jornada para conciliar la vida familiar y laboral”, Temas Laborales, núm. 73, 2004, págs. 177-222.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Derechos de las trabajadoras-madres y poder empresarial: la coincidencia del periodo de baja maternal y de vacaciones anuales”, Temas Laborales, núm. 84, 2006, pág. 167-178.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada: un límite al poder de dirección empresarial... ¿con efectos perversos?”, Temas Laborales, núm. 103, 2010, págs. 209-218.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Igualdad, conciliación, corresponsabilidad y flexibilidad: ejes claves para la gestión del mercado de trabajo actual”, en obra colectiva AA.VV., Coord. SÁEZ LARA, C., “Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas”, Ediciones Laborum, Murcia, 2016, págs. 57-92.

- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? de la jurisprudencia constitucional”, *Temas Laborales*, núm. 123, 2014, págs. 185-196.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción «iuris et de iure» del móvil discriminatorio ¿en todo caso?”, *Temas Laborales*, núm. 96, 2008, págs. 229-240.
- RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., “Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos indisponibles en tiempos de crisis”, en obra colectiva AA.VV., Coord. SÁEZ LARA, C., “Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas”, Ediciones Laborum, Murcia, 2016, págs. 13-55.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El derecho de la mujer a trabajar en igualdad”, en COMUNIDAD DE MADRID, “Problemas de integración laboral de la mujer”, Consejería de Empleo y Mujer, Dirección General de la Mujer, 2007, págs. 21-137.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La familia en el ámbito jurídico-laboral: situación y protección”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La protección jurídico-laboral de la maternidad: algunas cuestiones pendientes”, *Temas Laborales*, núm. 82, 2005, págs. 47-92.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La protección jurídico-laboral de maternidad ante la “gestación subrogada” y tutela integral de los hijos: antecedentes, estado de la cuestión y perspectivas”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 18, págs. 53-78
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Parto múltiple y acumulación del permiso de lactancia tras la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres.”, *Aranzadi Social*, Vol. 1, núm. 19, 2009, págs. 47-55.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Riesgo laboral durante la lactancia natural: disconformidad sobre la evaluación de los riesgos y carga de la prueba”, *Trabajo y Derecho*, núm.38, 2018, págs. 70-78.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Subsidios por maternidad y paternidad”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.), “Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo”, *Aranzadi Thomson Reuters*, Pamplona, 2016, págs. 187-201.
- RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R., “Base reguladora de la prestación por maternidad: comisiones pagadas el mes anterior al inicio del descanso por maternidad. ¿Deben incluirse en la base reguladora las del mes anterior o las de todo el año anterior de forma prorrateada?: comentario a la STSJ de Cantabria (Sala de lo Social), de 7 de febrero de 2007”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007, págs. 1353-1355.
- RODRÍGUEZ PASTOR, G.E., “Reconocimiento de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural cuando no se ha efectuado una adecuada evaluación de riesgos. Carga de la prueba. SJS núm. 33 de Barcelona, de 14/11/2017”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 211, 2018, págs. 263-278.

- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., PÉREZ BORREGO, G., “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en OJEDA AVILÉS, A. et al, “La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos claves de la Ley 31/1995, Aranzadi, 1996.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, Vol. 11, núm. 1, 2021, págs. 40-78.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B., “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año núm. 3, núm. 103, 2015, págs. 355-384.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La no renovación del contrato por razón de embarazo. Discrepancias interpretativas del TC y del TJCE (comentario a las SSTJCE, Tele Danmark y Jiménez Melgar, de 4 de octubre de 2001)”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2002, pág. 861-870.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1529/2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2013, págs. 1-20.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJUE”, *Relaciones Laborales*, núm. 13-14, 2012, págs. 1-16.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Incapacidad temporal y derecho a vacaciones (I)”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2009, págs. 63-78.
- ROFES I PUJOL, M. I., “El embarazo no es una enfermedad”, *Aequalitas*, núm. 1, 1999, págs. 20-23.
- ROJO TORRECILLA, E., “La protección contra la discriminación por razón de maternidad. STC núm. 108/2019, de 30 de septiembre”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2019.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, págs. 29-72.
- ROMERO BURILLO, A.M., “De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el RD-Ley 6/2019”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019, págs. 63-88.
- ROMERO RÓDENAS, M.J., “Prestación de riesgo durante la lactancia natural. Reconocimiento a conductora de camión de recogida de residuos sólidos: aplicación de la doctrina del TJUE (C-41/2017 y C-531/15), atribución indebida a la trabajadora en la determinación de los riesgos y sus efectos laborales poco precisados. STS, Sala Social, de 24 de enero de 2019 (RCUD núm. 2037/2017)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2019.
- RUBIO SÁNCHEZ, F., “Algunas consideraciones sobre el disfrute del permiso de lactancia”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2001.

- SÁEZ LARA, C., “¿Es posible eliminar la brecha salarial de género?”, en obra colectiva AA.VV., Coord. SÁEZ LARA, C., “Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas”, Ediciones Laborum, Murcia, 2016, págs. 93-119.
- SÁEZ LARA, C., “Garantía de indemnidad profesional y económica por razón de embarazo y maternidad”, Trabajo y Derecho, núm. 31-32, 2017, págs. 81-89.
- SÁEZ LARA, C., “Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- SÁEZ LARA, C., “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”, Revista Derecho Social y Empresa, núm. 12, 2020.
- SALA FRANCO, T., “Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo”, Tribuna Social, núm. 14, 1992, págs. 7-12.
- SALCEDO BELTRÁN, M.C., “Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)”, Revista de Derecho Social, núm. 83, 2018, págs. 45-74.
- SALCEDO BELTRÁN, M.C., “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”, Trabajo y derecho, 2016, págs. 27-52.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 53, 2004, págs. 181-202.
- SÁNCHEZ CASTILLO, M. M.; “La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2009.
- SÁNCHEZ PEGO, F.J., “La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales”, Actualidad Laboral, núm. 1, 1997, págs. 19-31.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J., “Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y la tutela frente a la discriminación”, Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, núm. 453, 2020, págs. 103-134.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “¿Cuándo hay un riesgo específico para la trabajadora lactante? STS 13 mayo 2015”, Derecho de la Seguridad Social LABORUM, 2016, págs. 123-132.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012: lactancia”, Aranzadi Doctrinal, núm. 1, 2012, págs. 227-234.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados”, Aranzadi Social, núm. 5, 2001, págs. 1111-1126.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El riesgo durante el embarazo (Régimen Laboral y de Seguridad Social)”, Aranzadi, 2002.

- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 99, 2000, págs. 27-47.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Los permisos retribuidos del trabajador”, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Presunción de lactancia natural cuando concurre al solicitar la prestación por riesgo. STS-SOC núm. 323/2019, de 24 de abril”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2019.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Validez del convenio que permite acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido: comentario a la SAN de 29 de marzo (AS 2004, 823)”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2004, págs. 3076-3094.
- SANZ CLAVIJO, A., “La exención en el IRPF de la prestación por maternidad satisfecha por la Seguridad Social ¿Una interpretación adecuada del artículo 7, letra h), de la LIRPF? Análisis de la STS de 3 de octubre de 2018, rec. núm. 4483/2017”, *Estudios financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 428, 2018, págs. 143-152.
- SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2015”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016, págs. 349-481.
- SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2017”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018, págs. 435-614.
- SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2018”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, págs. 493-656.
- SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2019”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, págs. 699-910.
- SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “Criterios para la aplicación del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la seguridad social”, 17 de diciembre de 2015.
- SELMA PENALVA, A., “De los exámenes prenatales y otros retos pendientes en la igualdad de género”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 202, 2017, págs. 155-166.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “La Ley 3/1989 sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica”, *Relaciones Laborales*, 1989.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, págs. 291-308.

- SEMPERE NAVARRO, A., “La Ley 3/1989 sobre maternidad e igualdad de trabajo de la mujer trabajadora. Nota crítica”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1989.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “¿Cuándo y cómo se acumula el permiso por lactancia? (Al hilo de la STS-SOC 419/2018 de 19 abril)”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2018, págs. 9-18.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Comentario al art. 37 ET”, en “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, *Aranzadi*, Pamplona, 2001.
- SERRANO GARCÍA, J.M., “La situación de discriminación directa de la mujer en situación de maternidad por incumplimiento de cláusulas convencionales de reconocimiento de derechos”, *Derecho Social*, núm. 78, 2017, págs. 149-158.
- SIERRA HERNÁIZ, E., “Las medidas de igualdad de oportunidades a favor de la mujer en el empleo”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1998, págs. 1233-1258.
- SIERRA HERNÁIZ, E., “Prevención de Riesgos Laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural”, *Thomson Reuters Aranzadi*, Pamplona, 2016.
- SIERRA HERNÁIZ, E., “Protección de datos y derechos de maternidad en el ámbito laboral”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 228, págs. 61-85.
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA (S.E.G.O.), “Recomendaciones para la prevención de la infección y el control de la enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19) en la paciente obstétrica”, 2020.
- SOLÉ GÓMEZ, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 914: Embarazo, lactancia y trabajo: promoción de la salud”, *INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST)*, 2011.
- SOLÉ GÓMEZ, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 915: Embarazo, lactancia y trabajo: vigilancia de la salud”, *Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST)*, 2011.
- SOLÉ GÓMEZ, M.D., et al, “Nota Técnica de Prevención (NTP) 959: La vigilancia de la salud en la normativa de prevención de riesgos laborales”, *INSST*, 2012.
- SORIANO ARROQUIA, E. M.; MOLINA NAVARRETE, C., “Intimidad, pruebas médicas y convenio ¿«caducado»? el riesgo a terceros ¿«excepción general» a su voluntariedad? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 10 de junio de 2015, rec. núm. 178/2014”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 392, 2015 págs. 119-125.
- SOUTO PRIETO, J., “Mujer y trabajo. Reducciones de jornada. Puntos críticos en materia laboral”, en BORRAJO DACRUZ, E., “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, *La Ley-Actualidad*, 2010, págs. 119-141.
- SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA, “Criterio de gestión 18/2020 sobre diversas cuestiones relacionadas con esta prestación prevista en arts. 183 a 185 del RDLeg 8/2015 TRLGSS, en la redacción dada por el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes

para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2020.

TAPIA HERMIDA, A., “La adopción de la decisión de despedir a una trabajadora a causa del embarazo o nacimiento de un hijo (comentario a la STJCE, Sala Tercera, de 11 de octubre de 2007, asunto C-460/06, Nadie Paquay contra Société d’architectes Hoet + Minne SPRL)”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 304, 2008, págs. 97-118.

TARANCÓN PÉREZ, E., “La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción y acogimiento”, en obra col. “Mujer y Trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2003.

TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., “El nuevo derecho a las vacaciones”, Derecho de las relaciones laborales, núm. 5, 2015, págs. 559-584.

TORRES LÓPEZ, J. et al., “La incorporación de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en los convenios colectivos. El caso andaluz.”, Temas Laborales, núm. 88, 2007, págs. 27-52.

TORTUERO PLAZA, J.L., “50 Propuestas para Conciliar la Vida Familiar y Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 2006.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Cómo y cuándo se le puede realizar un reconocimiento médico a los trabajadores y qué consecuencias tiene el no superarlo”, Relaciones Laborales, núm. 3, 2012, págs. 17-61.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los reconocimientos médicos de los trabajadores especialmente sensibles (II)”, gestión Práctica de Riesgos Laborales, núm. 89, 2012, págs. 30-35.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los reconocimientos médicos: su obligatoriedad y sus consecuencias”, gestión Práctica de Riesgos Laborales, núm. 39, 2007, págs. 18-24.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen jurídico laboral”, Bomarzo, Albacete, 2011.

TRILLO GARCÍA, A.R., “Demografía y adecuación de las pensiones. Nuevos enfoques en la contributividad”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 119, 2015, págs. 15-65.

TUDELA CAMBRONERO, G., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Ley de prevención de riesgos laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancia, doctrina”, Colex, 2002.

URIS LLORET, J.M., “Vigésimo aniversario de la Ley de Conciliación de la vida laboral y familiar”, Igual, Revista de género e igualdad, núm. 3, 2020, págs. 46-61.

VALLE MUÑOZ, F.A., “La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares”, Colex, 1999.

VELASCO PORTERO, M.T., “El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la

negociación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41, 2015, págs. 61-87.

VELASCO PORTERO, M.T., “La específica protección de la mujer en la prevención de riesgos laborales”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 18, núm. 2, 2009, págs. 295-312.

VICENTE PALACIO, A. “Cambios sociales y prestación económica por maternidad (sobre la maternidad subrogada)”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 12, 2017, págs. 123-141.

VIQUEIRA PÉREZ, C., “¿Subsisten las mejoras convencionales vinculadas al desaparecido permiso por nacimiento?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2021.

VIQUEIRA PÉREZ, C., “Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas aplicativos”, *Aranzadi Social*, Vol. 3, núm. 10, págs. 11-26.

VIQUEIRA PÉREZ, C., “Mejoras convencionales en la regulación de la jornada de trabajo con motivo de la maternidad o paternidad de los trabajadores. Análisis de los convenios colectivos de empresa de ámbito nacional”, *Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009.

VIVERO SERRANO, J.B., “La protección complementaria pública a la familia”, en obra colectiva “Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)”, ponencias y comunicaciones, 2018.

ZOZAYA MIGUÉLIZ, E., “Exención en el IRPF de la prestación por maternidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5, 2010.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

(Verificados en fecha de 01/09/2021)

- CLÍNICA UNIVERSIDAD DE NAVARRA, “Diccionario médico”. Enlace: <https://bit.ly/3bp6X9B>.
- COMISIÓN EUROPEA, “Portal web sobre igualdad salarial”. Enlace: <https://bit.ly/3caDtgC>.
- COMITÉ DE LACTANCIA MATERNA DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, “Lactancia materna en cifras: tasas de inicio y duración de la lactancia en España y en otros países”, Madrid, 2006. Enlace: <https://bit.ly/3h6CVsQ>.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Resultados de la votación del Proyecto de Ley por el que se amplía a dieciséis semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer a la mujer en el trabajo”, 1989. Enlace: <https://bit.ly/3glAwod>.
- CONSEJO DE ESTADO, “Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, 31 de marzo de 1992 (Número de expediente: 105/1992 (Trabajo y Seguridad Social)). Enlace: <https://bit.ly/2SxsyGh>.
- CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR (CSN), “Protección de las trabajadoras gestantes”. Enlace: <https://bit.ly/3eZsmXU>.
- CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR (CSN), “Protección de las trabajadoras gestantes expuestas a radiaciones ionizantes en el ámbito sanitario”, 2003. Enlace: <https://bit.ly/2Ssdd9R>.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), “Dictamen 08/2006, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres”, 26 de abril de 2006. Enlace: <https://bit.ly/36kVMei>.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Condenado un hotel por computar la baja de maternidad de una trabajadora como enfermedad”, 2018. Enlace: <https://bit.ly/2SiRvEW>.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “El CGPJ avala que una magistrada progenitora única acumule los permisos por nacimiento que la ley prevé para familias biparentales, 2021. Enlace: <https://bit.ly/3x5B91V>.
- DESVIAT, I., “¿Qué situaciones han considerado los tribunales como de riesgo para la lactancia natural con derecho a prestación?”, (NOTICIAS JURÍDICAS), Wolters Kluwer, 2017. Enlace: <https://bit.ly/3urkk0m>.
- DÍEZ MONGE, D., “Los reconocimientos médicos obligatorios no pueden ser sustituidos por otras revisiones obligatorias” (PREVENCIÓN INTEGRAL). Enlace: <https://bit.ly/36UoB3h>.
- GABINETE TÉCNICO DEL TRIBUNAL SUPREMO, “Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 2019-2020”, 2020. Enlace: <https://bit.ly/3nQAD2P>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Encuesta de fecundidad 2018. Metodología”, 2019. Enlace: <https://bit.ly/3ltU2VY>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “España en cifras 2019”, 2020. Enlace: <https://bit.ly/3d4H1OB>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Nota de prensa: Encuesta de fecundidad 2018”, 9 de abril de 2019. Enlace: <https://bit.ly/3sHYrsR>.

INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), “Actualización en las recomendaciones de la Subdirección General de Coordinación de Unidades Médicas en relación a las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural por posible contacto/infección por la enfermedad por coronavirus COVID-19”, 2020. Enlace: <https://bit.ly/2SZkvim>.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (INSST), “Metodología de evaluación de riesgos laborales”, 1997. Enlace: <https://bit.ly/2Sm7QJ3>.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, “Promoción de la salud en el trabajo”. Enlace: <https://www.insst.es/promocion-de-la-salud>.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, “España ratifica la Carta Social Europea Revisada”. Enlace: <https://bit.ly/3pTmcZy>.

MINISTERIO DE SANIDAD, “Información y pautas generales para mujeres embarazadas en situación de confinamiento”, 2020. Enlace: <https://bit.ly/3dDJTDU>.

MINISTERIO DE SANIDAD, “Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2”. Enlace: <https://bit.ly/3dlZR5t>.

MINISTERIO DE SANIDAD, “Protocolos de vigilancia sanitaria específica de los trabajadores”. Enlace: <https://bit.ly/2Y8b6rr>.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, “Anuario de Estadísticas de 2019”. Enlace: <https://bit.ly/2PAwBQR>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “99ª Conferencia Internacional del Trabajo”, 2-18 de junio de 2010. Enlace: <https://bit.ly/33m4gRn>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño”, Ginebra, 2003. Enlace: <https://bit.ly/3hcap9a>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Radiaciones ionizantes: efectos en la salud y medidas de protección”. Enlace: <https://bit.ly/2PNHVZV>.

PARLAMENTO EUROPEO, “Debate sobre la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”, Estrasburgo, 6 de mayo de 2009. Enlace: <https://bit.ly/2FIXsV9>.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, "Aprobado el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017 (PIAF)", 14 de mayo de 2015. Enlace: <https://bit.ly/2K9JZoH>.

REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, "Biografía de Eduardo Aunós Pérez". Enlace: <https://bit.ly/3glxujU>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario Panhispánico del Español Jurídico". Enlace: <https://dpej.rae.es>.

REDACCIÓN MÉDICA, "Las embarazadas que trabajan por la noche tienen más riesgo de aborto". Enlace: <https://bit.ly/34IsLbK>.

SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas", 2015. Enlace: <https://bit.ly/35A8Soi>.

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "Consulta núm. 27/2016. Materia: Acción protectora. Periodos de cotización asimilados por parto. Complemento por maternidad. Hijo nacido o adoptado en el extranjero", 15 de diciembre de 2016. Enlace: <https://bit.ly/3vF3gn6>.

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "Criterio de gestión núm. 11/2021. Materia: Complemento para la reducción de la brecha de género", 4 de mayo de 2021. Enlace: <https://bit.ly/3xzMmro>.

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "Criterio de gestión núm. 12/2021. Materia: Complemento para la reducción de la brecha de género. Pensión de viudedad", 14 de mayo de 2021. Enlace: <https://bit.ly/3vKa5n0>.

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "Criterio de gestión núm. 18/2020. Materia: Prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante", 22 de septiembre de 2020. Enlace: <https://bit.ly/3mQNGS5>.

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, "Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico". Enlace: <https://dicciomed.usal.es>.

WOLTERS KLUWER, "Concepto de "trabajo nocturno" a efectos de riesgo de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia", 2018. Enlace: <https://bit.ly/2jqitdh>.

WOLTERS KLUWER, "Noticia del Diario La Ley de 11 de junio de 2019: El 23% de las mujeres trabaja a tiempo parcial en España, casi cuatro veces más que los hombres". Enlace: <https://bit.ly/2OtrP7i>.

Listados de tablas, gráficos y figuras

LISTADO DE TABLAS

	Página
Tabla 1.1. Clasificación de las definiciones de la tutela de la mujer trabajadora durante las situaciones relacionadas con la maternidad	107
Tabla 2.1. Convenios de la OIT sobre protección de la maternidad.....	137
Tabla 2.2. Resumen de los principales contenidos de los Convenios de la OIT sobre protección de la maternidad	137
Tabla 2.3. Resumen de los principales contenidos de las Recomendaciones de la OIT sobre protección de la maternidad.....	139
Tabla 2.4. Directivas específicas aprobadas al amparo del art. 16.1 de la Directiva marco.....	149
Tabla 2.5. Directiva 92/85/CEE (Anexo I completado con otras directivas de aplicación).....	156
Tabla 2.6. Directiva 92/85/CEE (Anexo II).....	159
Tabla 2.7. Niveles de riesgo de exposición a la COVID-19 y medidas preventivas durante el embarazo	186
Tabla 2.8 Reglamento de los Servicios de Prevención (Anexo VII).....	196
Tabla 2.9 Reglamento de los Servicios de Prevención (Anexo VIII)	200
Tabla 2.10 Listado de agentes relevantes para la protección de la maternidad	202
Tabla 2.11 Protocolos de vigilancia sanitaria específica de los trabajadores (por orden alfabético).....	269
Tabla 2.12 Protocolos de vigilancia sanitaria específica. Criterios de actuación relacionados con la maternidad	300
Tabla 2.13 Propuesta de historia clínica laboral.....	305
Tabla 2.14 Contenidos de la vigilancia de la salud específica por agente expuesto al que se encuentre expuesta la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural.....	306
Tabla 3.1 Evolución normativa del permiso durante la lactancia	393

Tabla 3.2	Evolución normativa de la duración máxima de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento	427
Tabla 4.1	Detalle de las principales prestaciones médicas en los Convenios de la OIT sobre protección de la maternidad.....	495
Tabla 4.2	Detalle de las principales prestaciones económicas en los Convenios de la OIT sobre protección de la maternidad	496
Tabla 4.3	Detalle de las principales prestaciones médicas en las Recomendaciones de la OIT sobre protección de la maternidad.....	496
Tabla 4.4	Detalle de las principales prestaciones económicas en las Recomendaciones de la OIT sobre protección de la maternidad.....	497
TABLA 4.5.	Comparativa económica entre el complemento por maternidad (CM) y el complemento para la reducción de la brecha de género (CBG). Cuantías en euros	626
Tabla 4.6	Brecha de género en la pensión contributiva de jubilación del sistema de la Seguridad Social 2013-2020. Datos por tipo de pensión y expresados en porcentajes	635
Tabla 4.7	Importe de las multas por infracciones en materia de Seguridad Social	677

LISTADO DE GRÁFICOS

	Página
Gráfico 1. Indicador coyuntural de fecundidad (1975-2019).....	34
Gráfico 2. Edad media a la maternidad (1975-2019).....	35
Gráfico 3. Nacimientos por mujeres en población activa (1991-2019).....	36
Gráfico 4. Evolución de la población activa por sexo (1976-2020).....	37
Gráfico 5. Evolución de las personas ocupadas por sexo (1976-2020).....	38
Gráfico 6. Mujeres en edad fértil en la población activa (1987-2020).....	39
Gráfico 7. Mujeres ocupadas en edad fértil (1987-2020).....	40
Gráfico 8. Tasa de actividad por sexo (1976-2020)	41
Gráfico 9. Tasa de empleo por sexo (1976-2020).....	42
Gráfico 10. Trabajadores a tiempo parcial por sexo (2009-2019)	43
Gráfico 11. Mujeres ocupadas a tiempo parcial en edad fértil (2009-2019)	44
Gráfico 12. Razones del trabajo a tiempo parcial de las mujeres (2019)	45
Gráfico 13. Prestaciones por maternidad reconocidas (2006-2018).....	46
Gráfico 14. Prestaciones por maternidad reconocidas por progenitor (2006-2018)	47
Gráfico 15. Prestaciones por riesgo durante el embarazo reconocidas (2010-2020)	48
Gráfico 16. Duración media de los procesos de riesgo durante el embarazo (2008- 2020)	49
Gráfico 17. Prestaciones por riesgo durante la lactancia natural reconocidas (2010- 2020)	50
Gráfico 18. Duración media de procesos de riesgo durante la lactancia natural (2008-2020)	51
Gráfico 19. Pensiones con complementos por maternidad por número de hijos	52
Gráfico 20. Pensiones con complementos por maternidad por clase	53

Gráfico 21. Brecha de género en las pensiones (2013-2020).....	54
Gráfico 22. Brecha de género en las pensiones de jubilación (2013-2020).....	55
Gráfico 23. Personas que han dejado de trabajar por cuidado de hijos (2018).....	56
Gráfico 24. Mujeres que interrumpen su trabajo por cuidado de hijos (2018).....	57
Gráfico 25. Personas que han reducido sus horas de trabajo para el cuidado de hijos (2018)	58
Gráfico 26. Personas ocupadas que todos los días realizan trabajos no remunerados en el hogar (2015).....	59
Gráfico 27. Personas ocupadas que dedican 3 o más horas al día a realizar trabajos no remunerados en el hogar (2015).....	60
Gráfico 28. Personas ocupadas que han tomado excedencia a tiempo completo para el cuidado de un hijo (2010)	61

LISTADO DE FIGURAS

	Página
Figura 0.1. Fases del proceso de investigación.....	69
Figura 1.1. Principales conflictos que están presentes en el ámbito de las condiciones de trabajo de la mujer	95
Figura 1.2. Esquema de la triple tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral.....	117
Figura 1.3. Principales objetivos de la triple tutela de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral	118
Figura 2.1 Esquema general con la clasificación de las evaluaciones de riesgos laborales con relación a la protección de la maternidad.....	194
Figura 2.2 Esquema general con las etapas que deben contemplarse en todo el proceso de una evaluación de riesgos laborales con relación a la protección de la maternidad	204
Figura 2.3 Esquema general de actuación en la evaluación de riesgos inicial y en la elaboración del listado de puestos de trabajo exentos de riesgos para la maternidad.....	209
Figura 2.4 Esquema general de las medidas protectoras de la maternidad en el lugar de trabajo.....	235
Figura 2.5 Esquema general de los niveles de tutela de la maternidad en materia de seguridad, salud y bienestar en el trabajo.....	244
Figura 2.6 Esquema general de las excepciones a la voluntariedad del reconocimiento médico específico	293
Figura 3.1 Esquema general con las modalidades del disfrute del permiso para el cuidado del lactante	377
Figura 3.2 Esquema general con los requisitos formales para el disfrute del permiso para el cuidado del lactante.....	386
Figura 3.3 Esquema general con las modalidades del permiso por nacimiento prematuro de hijo o hija que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.....	403

Figura 3.4	Esquema general con los supuestos protegidos en el nacimiento	423
Figura 3.5	Esquema general sobre las garantías de nulidad del despido.....	464
Figura 3.6	Línea temporal que contiene los periodos en los que se podrá producir la nulidad del despido.....	467
Figura 4.1	Esquema general con las principales prestaciones médicas incluidas en los convenios de la OIT sobre protección de la maternidad	497
Figura 4.2	Esquema general con las principales prestaciones económicas o pecuniarias incluidas en los convenios de la OIT sobre la protección de la maternidad	498
Figura 4.3	Modelo de Libreta de Identidad del Régimen del Seguro Obligatorio de Maternidad (1931). Portada de identificación	510
Figura 4.4	Modelo de Libreta de Identidad del Régimen del Seguro Obligatorio de Maternidad (1931). Cotizaciones patronales y obreras	510
Figura 4.5	Modelo de Libreta de Identidad del Régimen del Seguro Obligatorio de Maternidad (1931). Cuadrante de descansos legales	511
Figura 4.6	Modelo de Libreta de Identidad del Régimen del Seguro Obligatorio de Maternidad (1931). Instrucciones a la asegurada	511
Figura 4.7	Esquema temporal de las principales medidas de protección social de la maternidad adoptadas en España en el primer tercio del siglo XX.....	515
Figura 4.8	Esquema temporal de las principales medidas de protección social de la maternidad adoptadas en España durante el franquismo	522
Figura 4.9	Esquema general de las principales aportaciones de la LCVFL (1999) a la protección social de la maternidad	536
Figura 4.10	Esquema general de las principales aportaciones de la LOIMH (2007) a la protección social de la maternidad	538
Figura 4.11	Períodos mínimos de cotización o carencia mínima para causar derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor	547
Figura 4.12	Datos básicos del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género	637

Figura 4.13 Esquema general con las fases del procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural..... 673

