

## **BLOQUE TEMÁTICO 3, TEMA 3-3:**

# **LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL**



<b>la conciliación de la vida familiar y PROFESIONAL .....</b>	<b>4</b>
<b>I medidas de acción positiva: fundamentación fáctica y jurídica...</b>	<b>4</b>
1 FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA .....	4
2 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA .....	5
2.1 MARCO INTERNACIONAL .....	5
2.1.1 NACIONES UNIDAS .....	5
2.1.2 O.I.T. ....	5
2.2 UNIÓN EUROPEA .....	5
2.3 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA .....	6
2.4 Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras .....	6
2.5 MARCO AUTONÓMICO .....	8
<b>II licencias y permisos .....</b>	<b>8</b>
3 POR CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES (art. 37.3.b) E.T.) .....	8
3.1 Por matrimonio .....	8
3.2 Cuidado de familiares .....	9
4 POR CAMBIO DE DOMICILIO (art.37.3.c) E.T.) .....	9
5 CONSIDERACIONES GENERALES .....	9
<b>III reducción de jornada .....</b>	<b>10</b>
6 POR GUARDA LEGAL Y CUIDADO DE FAMILIARES(art. 37.5 E.T.) .....	10
<b>IV excedencias POR CUIDADO DE FAMILIARES.....</b>	<b>12</b>
7 Excedencias acasuales (Art. 46.2 E.T.) .....	12
8 Excedencia para el cuidado de familiares (Art. 46.3 E.T.) .....	12
<b>V la consideración SINGULAR de la maternidad/PATERNIDAD y sus diferentes fases .....</b>	<b>13</b>
9 DURANTE EL EMBARAZO .....	13
9.1 PERMISO RETRIBUIDO PARA EXAMENES PRENATALES Y PREPARACIÓN PARA EL PARTO (Art. 37.3.f) E.T.) .....	13
9.2 INCAPACIDAD TEMPORAL.....	14
9.2.1 Suspensión del contrato de trabajo (art. 45 E.T.) .....	14
9.2.2 Subsidio de I.T. (arts. 128-133 LGSS).....	14
I.9.2.2.1 Subsidio de IT y extinción del contrato (art. 222 LGSS).....	15
I.9.2.2.2 Subsidio generado por un contrato de trabajo a tiempo parcial.....	15
9.3 EL RIESGO PROFESIONAL DURANTE EL EMBARAZO .....	16
9.3.1 Suspensión del contrato de trabajo .....	16
9.3.2 Subsidio.....	18
I.9.3.2.1 5.1. Contingencia partícipe de la naturaleza de las "contingencias comunes determinantes de una situación de Incapacidad Temporal" o de la de "maternidad" .....	26
I.9.3.2.2 5.2. La necesaria configuración como "contingencia profesional" ex artículo 15 y 35 C.E. 28	
10 INMEDIATAMENTE DESPUÉS DEL PARTO, ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO ..	30
10.1 PERMISO RETRIBUIDO PARA EL PADRE POR NACIMIENTO DE HIJO/A (art. 37.3.b) E.T.) .....	30
10.2 REDUCCIÓN DE JORNADA POR NEONATOS PREMATUROS U HOSPITALIZADOS (art. 37.4.bis) E.T.).....	31
10.3 SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y POTENCIAL DEVENGO DEL SUBSIDIO .....	31
10.3.1 MATERNIDAD BIOLÓGICA Y LA ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO .....	31



I.10.3.1.1	Suspensión del contrato de trabajo (arts. 45.1.d), 45.2, 48.4 E.T.).....	31
I.10.3.1.2	Subsidio de maternidad (arts. 133 bis, ter, quater, quinquies LGSS; RD 1251/2001, de 16 de noviembre, sobre prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo).....	33
I.10.3.1.3	Las bajas por maternidad en Europa .....	33
10.3.2	PATERNIDAD .....	34
I.10.3.2.1	Suspensión del contrato(art. 48.4 E.T.).....	34
I.10.3.2.2	Subsidio .....	35
10.3.3	MATERNIDAD/PATERNIDAD A TIEMPO PARCIAL .....	35
I.10.3.3.1	Suspensión del contrato (art. 48.4 E.T.).....	35
I.10.3.3.2	Subsidio .....	35
10.3.4	SUBSIDIO ESPECIAL POR PARTO O ADOPCIÓN MÚLTIPLE .....	35
10.3.5	EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y DESEMPLEO.....	36
11	TRAS AGOTAR LA BAJA POR MATERNIDAD/PATERNIDAD.....	36
11.1	REDUCCIÓN DE JORNADA POR LACTANCIA (Art.37.4 E.T.) .....	36
11.2	EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS (Art. 46.3.1 E.T.).....	36
<b>VI</b>	<b>medidas de apoyo; incentivación del empleo.....</b>	<b>37</b>
12	Incentivos sociales y contractuales .....	37
12.1	Autonómicos .....	37
12.1.1	Ayudas a las contrataciones temporales derivadas de la reducción, liberación o adaptación de la jornada laboral utilizando las figuras previstas por el Estatuto de los Trabajadores/as en los pactos individuales o colectivos .....	37
12.1.2	Ayudas a la contratación de personas pertenecientes a colectivos especialmente desfavorecidos .....	38
12.1.3	Ayudas a la conversión en indefinidos de los contratos referidos en los apartados anteriores .....	38
12.2	Estatales.....	38
12.2.1	Programa de fomento del empleo para el año 2003 .....	38
12.2.2	Protección por desempleo; Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad .....	39
12.3	Europeos .....	40
<b>VII</b>	<b>marco autonómico .....</b>	<b>40</b>
13	Normativa autonómica .....	40
13.1	Plan de ayuda para las familias numerosas .....	40
13.2	Decreto 177/2002, de 16 de julio, por el que se regulan las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar .....	40
14	Análisis comparado de programas de acción foral en los tres Territorios Históricos.....	41
14.1	Bizkaia.....	41
14.2	Gipuzkoa.....	43
14.3	Araba.....	44
<b>VIII</b>	<b>bibliografía.....</b>	<b>46</b>



# LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL

## I MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA: FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

### 1 FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA

Para comprender actualmente la realidad social sobre la que se proyecta la normativa de conciliación debemos recordar históricamente la evolución de los diversos roles asumidos por hombres y mujeres en la sociedad.

En la **Edad Media**, no se diferenciaba el tiempo dedicado al trabajo del tiempo dedicado a la familia.

En la **Revolución Industrial**, el **trabajo productivo** estaba monopolizado por los hombres, siendo éste el único que recibía un reconocimiento social además de permitirles participar en los ámbitos decisorios y de poder, mientras que el **reproductivo**, asumido en exclusiva por las mujeres, carecía de todo valor social, materializándose en todo tipo de cuidados, de carácter físico, síquico, emocional, familiar....

**Actualmente**, se observa una difuminación de la frontera tradicional entre trabajo y vida, todo ello favorecido por la paulatina incorporación de la mujer en el mercado de trabajo, y con el objetivo de facilitarla al tiempo que potenciar la corresponsabilidad de los hombres en el reparto de las tareas domésticas los Gobiernos proceden a desarrollar normativas en materia de conciliación.

El Gobierno español, incumpliendo sistemáticamente las obligaciones europeas de desarrollar la regulación ad hoc, finalmente, aunque con retraso propició la entrada en vigor de la **Ley 39/1999**, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, proclamando como **objetivos** de la misma los siguientes:

- a) la transposición de la normativa europea a la legislación española "superando los mínimos exigidos", objetivo frustrado sin embargo a lo largo de su articulado<sup>1</sup>
- b) y potenciar la coparticipación de los hombres en las responsabilidades familiares, objetivo no garantizado al no adoptar medidas de acción positiva al respecto.

Independientemente de la existencia o no de esta regulación en materia de conciliación, la discriminación laboral seguirá existiendo hasta que no se erradique la discriminación salarial que hará que sigan siendo las mujeres las que mayoritariamente disfruten de estos derechos al ser su trabajo el que proporciona ingresos inferiores a la unidad familiar y no los hombres provocando así su alejamiento intermitente o paulatino del mercado de trabajo.

Esta normativa es en definitiva un elemento distorsionador en el sistema, favoreciendo la igualdad

<sup>1</sup> Vid. PÉREZ DEL RÍO T., "Los derechos de conciliación en la Ley 39/1999: interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares", *Derecho Español*, 2000, p.24.



conmutativa pero no la distributiva, y ello por tratar igual a hombres y mujeres cuando su situación es desigual en el mercado laboral, debiéndose haber recurrido como elemento corrector a la necesaria adopción de **medidas de acción positiva**<sup>2</sup> que permitan materialmente y no solo formalmente la mencionada conciliación, como por ejemplo:

- a) una mayor implicación económica del Estado sin transferibilidad<sup>3</sup>
- b) incentivando reducciones de jornada y excedencias a disfrutar por los hombres
- c) desarrollando las previsiones contenidas en la Exposición de Motivos de la Ley 39, como servicios para el cuidado de personas dentro de una política familiar que contemple el cuidado de discapacitados, mayores, niños, enfermos, transporte, comedores escolares....
- d) permisos remunerados para el cuidado de hijos enfermos aunque la enfermedad no sea grave pero sí contagiosa y deban permanecer en el hogar familiar.

## 2 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

### 2.1 MARCO INTERNACIONAL

#### 2.1.1 NACIONES UNIDAS

\* Convención de las Naciones Unidas", de 18 de Diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por el Estado español el 16 de Diciembre de 1983.

#### 2.1.2 O.I.T.

Convenio 156 OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, así como la Recomendación 165 OIT.

### 2.2 UNIÓN EUROPEA

a) <b>Tratado de Amsterdam</b> (1997); arts. 2, 3.2 y 141.4 <sup>4</sup>
b) <b>S.T.J.C.E., Sentencia Marschall de noviembre de 1997</b> , después de la cual los trabajos de la Comisión Europea han pretendido garantizar la igualdad de trato, no solo posibilitando igualdad de oportunidades para las mujeres y los hombres sino también adoptando acciones positivas que disminuyan las diferencias estructurales entre hombres y mujeres en la vida social y laboral en general.
c) <b>IV Programa de Acción Comunitaria (1996-2000)</b>
d) <b>Directiva del Consejo 92/85/CEE, 19-10-ñ92</b> , "relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia"
e) <b>Directiva 96/34/CEE (3-6-96)</b> , Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental

El informe ya emitido en su momento sobre la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras por EIRO (Observatorio Europeo de Relaciones Laborales) ya

<sup>2</sup> Vid. STC 128/187, 16-7. Medidas de acción positiva a través de una adecuada política laboral, de protección social y familiar, vid. Directiva 96/34/CEE, Acuerdo Marco Europeo sobre el permiso parental, y Dictamen del CES, nº4/99 sobre el anteproyecto de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

<sup>3</sup> Acatando así el deseo manifestado en la Directiva 96/34/CEE

<sup>4</sup> Similar éste a la previsión del objetivo de garantizar la igualdad material removiendo los obstáculos pertinentes impuesto a todos los poderes públicos por el art. 9.2 C.E.



puso en evidencia la no transposición total de las directivas en la mencionada normativa, debido a las siguientes omisiones o irregularidades:

a) no individualización del permiso parental válido para mujeres y hombres por igual <sup>5</sup>
b) no se protege a la madre lactante que ocupa un puesto de trabajo con riesgo grave para el bebé y tampoco se incluye el nomenclador de actividades peligrosas <sup>6</sup>
c) las Directivas tienen una perspectiva transversal pero la Ley 39 solo laboral
d) el carácter neutro formal de la Ley provoca desigualdades reales debido a la desigual situación de hombres y mujeres provocando que sean las mujeres las que mayoritariamente se acojan a estos derechos <sup>7</sup>
e) los contratos temporales son tan cortos que impiden el disfrute de esos derechos
f) la atribución de la titularidad del derecho a la madre "trabajadora" limita la coparticipación de los hombres en las responsabilidades familiares <sup>8</sup>
g) se echa en falta medidas para promover la igualdad de oportunidades en el empleo o para desarrollar servicios de base de atención a personas
h) es un esquema basado en el modelo tradicional y conservador de "familia".

## 2.3 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

a) <b>Constitución Española (C.E.)</b> .....arts. 1.1, 9.2, 14.
b) <b>S.T.C. 128/1987<sup>9</sup></b> , a partir de la cual se asume por el Tribunal Constitucional la legítima adopción de medidas de acción positiva. <sup>10</sup>

## 2.4 Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

*La **Exposición de Motivos** comienza encabezando la Ley de una forma muy solemne, transmitiéndonos que el objetivo de esta Ley no viene a ser otro que el cumplimiento de un mandato constitucional, cual es el posibilitar o favorecer la realización material de los derechos y principios enunciados en la suprema norma constitucional. Así, se menciona el **artículo 14 CE**, que consagra el derecho a la igualdad ante la Ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición, es decir, el principio de igualdad a nivel formal.*

*Pero, como en un **Estado Social y Democrático de Derecho** no resulta satisfactoria la mera configuración formal de un derecho, requiriéndose su realización efectiva y material en la práctica, ésta ardua tarea se impone a los Poderes Públicos en otros dos preceptos constitucionales; en el **artículo 39.1 CE**, que prevé que "los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia", al que nosotros podríamos añadir igualmente el **artículo 41 C.E.**, en función del cuál se asume que "los poderes públicos mantendrán un régimen jurídico público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice*

<sup>5</sup> Vid. Directiva 96/34/CEE.

<sup>6</sup> Cfr. Directiva 92/85/CEE.

<sup>7</sup> Según datos proporcionados por el INSS, en el 2000 solo el 0'97 % de los beneficiarios del permiso maternal fueron hombres, con lo que se vé el efecto perverso en torno a la perpetuación de la división de roles entre mujeres y hombres.

<sup>8</sup> Si la madre no trabaja el hombre no puede disfrutar del derecho.

<sup>9</sup> STC 128/1987, de 16 de julio, dictada en Recurso de Amparo nº 1123 /1985.

<sup>10</sup> Vid. SSTC 19/1989, 31-01; 28/1992, 09-03; 229/1992, 14-12; 3/1993, 14-01.



la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad..."

*En cualquier caso, no debemos obviar la importancia que reviste la concreta ubicación sistemática que presentan estos preceptos en el texto constitucional, debiendo darles el valor que tienen, pero no más –aunque tampoco menos-. El **Capítulo III** es el que les corresponde, y éste aparece con la rúbrica de "De los principios rectores –que no determinantes- de la política social y económica", no siendo más que directrices orientadoras e inspiradoras del quehacer ordinario de los poderes públicos, pero sin carácter coercitivo tal que legitime a los ciudadanos para acudir a los órganos judiciales solicitando la tutela judicial de derechos –en su caso, inexistentes- o el amparo del Tribunal Constitucional, estimando que la inobservancia de estas previsiones, que se traduce en la falta de operatividad de los mismos, se puede equiparar al supuesto de que éstos fuesen violentados.*

*Igualmente, se menciona en esta Exposición de Motivos el **artículo 9.2 C.E.** que atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"<sup>11</sup>.*

*Pero, la cuestión es dilucidar si se consigue efectivamente con esta Ley mejorar las condiciones de trabajo del ciudadano, que como ser humano multidimensional, debe ser aprehendido por el legislador como un todo, de modo que se articulen los mecanismos más idóneos para favorecer una compatibilización de forma más óptima de su vida familiar y la laboral.*

*Yo entiendo, tal y como intentaré demostrar en las siguientes líneas, que los resultados prácticos que se pueden derivar de la misma pudieran ser ciertamente muy arriesgados, salvo que se introduzcan algunos correctivos o paliativos que eviten la excesiva ambigüedad con la que se expresa el legislador, lo cuál no lo debemos atribuir a una intencionalidad concreta seguramente –en el mejor de los casos- sino simplemente a los mecanismos típicos del procedimiento legislativo, en función del cuál a veces la mejor forma de obtener una interesante celeridad en la publicación de las mismas, disponiendo de la mayoría de votos posibles en ambas Cámaras Legislativas, suele ser la parquedad y falta de precisión o concisión, de forma que bajo la misma disposición tengan cabida opciones interpretativas muy diversas, y que por lo tanto satisfagan a la mayor parte de sectores políticos, sindicales y sociales.*

*Y sin embargo, la Ley insiste en resaltar su pretensión de suficiencia para proyectar en el ordenamiento jurídico interno tanto el objetivo consensuado y estratégico asentado en la **IV Conferencia mundial sobre las mujeres**, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, de armonizar las responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres –ratificado por los 189 Estados allí presentes, como el plasmado en el ámbito comunitario en diversas Directivas<sup>12</sup>, como son la **Directiva del Consejo 92/85/CEE**, de 19 de octubre<sup>13</sup>, y la **Directiva 96/34/C.E.**, de 3 de junio<sup>14</sup>, pretendiendo incluso presentarse como una "superación de los niveles mínimos de protección previstos en las mismas"<sup>15</sup>.*

<sup>11</sup> Así, para ello a veces se adoptan medidas de *discriminación positiva*, puesto que el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 C.E. no impone un tratamiento de los sujetos laborales condicionado que obedezca a la filosofía de la *justicia conmutativa*, es decir, tratamiento absolutamente igual sin discriminar en atención a las circunstancias concretas del sujeto incluido en el ámbito de aplicación de la norma, lo cuál favorecería la no realización efectiva de los principios de justicia y de equidad, sino que debe de interpretarse bajo la lógica de la *justicia distributiva*, a través de la cuál se pretende la realización material de la igualdad desde el punto de vista de los resultados obtenidos, independientemente de que para ello deba recurrir el legislador a ofrecer tratamientos diversos a sujetos diferentes. Tal es el caso, por ejemplo, del "Programa de Fomento del Empleo para el año 2000" previsto en el artículo 19.bis) del Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de 29 de septiembre de 1999, y que el C.E.S., en su Dictamen 13/99 –concretamente CCOO, UGT y CIG- lamentan la no previsión de una línea de apoyo a la creación de empleo producida a partir de la reducción y reordenación del tiempo de trabajo...

<sup>12</sup> MONTOYA MELGAR A. (A.A.V.V.), *Derecho Social Europeo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, págs. 49 y ss.

<sup>13</sup> En la que –como bien expresa la Exposición de Motivos- "se contempla la maternidad desde un punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia".

<sup>14</sup> "Relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de tratos entre hombres y mujeres", en redacción literal de la Exposición de Motivos de la Ley.

<sup>15</sup> Junto con estas Directivas encontramos otras muchas a través de las cuales se materializa toda una línea de medidas de *Acción Positiva* emprendida ya hace años por la Unión Europea. Así cfr. entre otras; **artículo 119 TCEE**, que articula el principio de prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo, que de ser una principio de política económica adquiere la naturaleza de auténtico derecho fundamental, favoreciendo



## 2.5 MARCO AUTONÓMICO

**Estatuto de Autonomía del País Vasco**<sup>16</sup>.....arts. 9.1, 9.2, 10. Este último art. reconoce **competencia exclusiva** a la C.A.V. sobre "el derecho comunitario relativo a la condición femenina, política infantil y de la tercera edad".

**Ley de Territorios Históricos**<sup>17</sup> (art. 7.c.2)... "corresponde a los Territorios Históricos la ejecución dentro de su territorio de la legislación de las instituciones comunes sobre el derecho comunitario sobre la condición femenina....."

**Ley de creación de Emakunde**<sup>18</sup>....vid. su Exposición de Motivos

**Ley de Servicios Sociales del País Vasco**<sup>19</sup>..... art. 3

## II LICENCIAS Y PERMISOS

La licencia es una figura no regulada legalmente, pero se reconoce su eficacia cuando así se prevea mediante acuerdo individual o colectivo, entre la empresa y los trabajadores/as<sup>20</sup>, así para estudios, realización de exámenes, etc...

A continuación expondré las singularidades relativas a los permisos retribuidos, excluyendo los generados por la maternidad, que incluiré más adelante en el capítulo dedicado al estudio integral de la mencionada contingencia.

## 3 POR CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES (art. 37.3.b) E.T.)

### 3.1 Por matrimonio

**\*Duración**...15 días naturales

Siempre que se prevea en la negociación colectiva, es posible acumular su disfrute al periodo vacacional<sup>21</sup>.

Se excluyen las convivencias fácticas aún apareciendo inscritas en el Registro de Uniones de Hecho.<sup>22</sup>

excepcionalmente en este caso, la prevalencia del objetivo social sobre el económico; *Directiva 75/117/CEE*, de 10 de febrero, que desarrolla este mencionado principio de igualdad retributiva entre ambos sexos; *Directiva 76/207/CEE*, de 9 de febrero, que proyecta el principio de igualdad de trato por razón de sexo en el acceso al empleo, la formación, promoción profesional y condiciones de trabajo; *Directiva 79/7/CEE*, de 19 de diciembre de 1979, relativa a la aplicación del principio de equidad entre ambos sexos en los regímenes legales de la Seguridad Social, y en el mismo sentido, pero relativa a los regímenes profesionales de la Seguridad Social, tenemos la *Directiva 86/378/CEE*, modificada por la *Directiva 96/97/CEE*, de 20 de diciembre; *Directiva 86/613/CEE*, de 11 de diciembre, sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las agrícolas, así como sobre la protección por maternidad....

<sup>16</sup> Aprobado por la L.O. 3/1979, de 18 de diciembre.

<sup>17</sup> Ley 27/1983, de 25 de noviembre.

<sup>18</sup> Ley 2/1998, de 5 de febrero.

<sup>19</sup> Ley 5/1996.

<sup>20</sup> Es práctica habitual en los convenios colectivos exigir una antigüedad mínima de 1 año para acceder a su disfrute.

<sup>21</sup> STSJ Navarra 29-10-96; AS 3014.

<sup>22</sup> STSJ País Vasco 3-3-98; AS 1290; STSJ Madrid 25-3-98, AS 806)





## 3.2 Cuidado de familiares

**\*Duración....2 días / 4 días (si se requiere desplazamiento)**

*"Por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad."*

La enfermedad grave<sup>23</sup> puede requerir o no hospitalización, lo mismo que la hospitalización no siempre viene provocada por la mayor o menor gravedad de la enfermedad<sup>24</sup>, no debiendo olvidar que en ocasiones el número de días durante los cuales un paciente permanece hospitalizado obedece a veces a criterios económicos o de optimización del aprovechamiento de los recursos materiales y humanos existentes en las instituciones hospitalarias, no siendo conscientes a veces los poderes públicos de que el alta anticipada que provoca una política presupuestaria que no obedece a una política transversal de género provoca efectos perversos sobre las mujeres que deben de atender al cuidado de sus familiares en sus hogares, y que solo podrán disfrutar entonces de reducciones de jornada con reducción proporcional de salario o excedencias con la consiguiente pérdida de ingresos.

El derecho se extiende a los cónyuges separados legalmente si el convenio colectivo no los excluye expresamente.<sup>25</sup>

## 4 POR CAMBIO DE DOMICILIO (art.37.3.c) E.T.)

**\*Duración ....1 día**

Por traslado del domicilio "habitual", no entendiéndose incluida la segunda vivienda.

## 5 CONSIDERACIONES GENERALES

Los permisos retribuidos tienen las siguientes singularidades que los diferencian de otras situaciones laborales:

a) Generalmente son de breve duración y siempre previstos legal o convencionalmente
b) Requieren preaviso y justificación (antes o después). Se entiende que se puede cumplir este trámite telefónicamente, en casos singulares durante la misma jornada <sup>26</sup> , eximiendo de dicha obligación al trabajador/a si la empresa le avisa del suceso.
c) Son retribuidos y de aceptación obligatoria por la empresa. Esta podrá alterar su régimen en su aplicación sometiéndose al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo <sup>27</sup> y la oposición del trabajador/a se hará valer a través del procedimiento de conflicto colectivo. <sup>28</sup>
d) El supuesto de hecho que los fundamenta debe acaecer durante la jornada laboral. <sup>29</sup>
e) La exclusión de los trabajadores/as temporales del acceso a su disfrute en la negociación colectiva provoca la declaración de nulidad de la cláusula correspondiente por vulnerar el art. 14 C.E. y ser discriminatoria. <sup>30</sup>
f) El trabajador/a tiene derecho a percibir la misma retribución que cobre durante la jornada normal, incluidos complementos salariales <sup>31</sup> , si bien la jurisprudencia admite la posibilidad de determinar

<sup>23</sup> El requisito del carácter grave de la enfermedad no estaba previsto en la Directiva 96/34.

<sup>24</sup> No se considera grave la operación de anginas (STSJ La Rioja 7-9-92, AS 4266) o de cataratas (STSJ País Vasco 9-2-99, AS 2047)

<sup>25</sup> STSJ País Vasco 30-11-99, AS 3805.

<sup>26</sup> Si el hijo/a nace durante la misma.

<sup>27</sup> Vid. Art. 41 E.T.

<sup>28</sup> STS 3-4-95, RJ 2905.

<sup>29</sup> Si fallece el padre un viernes el lunes se debe ir a trabajar pues se presume ya consumido el permiso.

<sup>30</sup> TSJ Castilla-La Mancha 4-3-99, AS 1398.

<sup>31</sup> No existe jurisprudencia uniforme al respecto. Vid. TCT 20-2-85, Ar 1445; 7-3-85, Ar 2243; 10-12-85, Ar.230; TSJ Andalucía 12-3-91, AS 2288; TSJ Valencia 22-4-97, AS 1501; TSJ País Vasco 9-5-94, AS 2284.



otra retribución (por ejemplo salario base y antigüedad solo) si el régimen de los permisos es más favorable que el del E.T. Pensemos que en el caso en el que existe una merma de salario a la hora de decidir en una familia cual de los miembros accederá al permiso, se optará por aquel que afecte menos a la economía familiar, es decir, el que dispone de rentas salariales menores, generalmente la mujer.

- g) Al personal de Alta Dirección solo le será aplicable esta regulación si existe remisión expresa en su contrato.<sup>32</sup>

### III REDUCCIÓN DE JORNADA

#### 6 POR GUARDA LEGAL Y CUIDADO DE FAMILIARES(art. 37.5 E.T.)<sup>33</sup>

\***Duración**....mínimo = 1/3 , máximo = 1/2 s/ duración habitual de la jornada laboral.

\***Salario** .....Se reduce proporcionalmente. Pensemos que en el caso en el que existe una merma de salario a la hora de decidir en una familia cual de los miembros accederá al permiso, se optará por aquel que afecte menos a la economía familiar, es decir, el que dispone de rentas salariales menores, generalmente la mujer.

**Motivo**...cuidado directo<sup>34</sup> de un familiar que no puede valerse por sí mismo y *no desempeñe actividad retribuida*, siendo éste un concepto jurídico indeterminado, suscitando incertidumbre sobre que debemos entender por tal. Así, deberemos entender excluidos causantes con fuentes de ingresos no ligadas a actividad alguna (patrimonio, acciones, etc...), pero no se aclara suficientemente que ocurrirá en el caso de determinadas actuaciones para fundaciones u organismos de voluntariado donde a veces recibes una contraprestación de tipo simbólico pero no de carácter salarial.

#### **Sujetos causantes**<sup>35</sup>

Por guarda legal, menores de 6 años

Por guarda legal, **minusválidos físicos, psíquicos o sensoriales**, careciendo en este caso de límite de edad.

Familiares **hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad**, que por razones de **edad**<sup>36</sup>, **accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo**, no requiriendo en este caso, a diferencia de los permisos retribuidos, el carácter grave de la enfermedad.

Ciertamente es de apreciar el carácter conservador de la regulación, máxime en los tiempos actuales en los que en algunas comunidades autónomas ya se dispone de una regulación sobre parejas de hecho, mientras que la mencionada previsión introduce una deliberada acotación de forma taxativa, no reconociendo más que vínculos consanguíneos o legales, haciendo caso omiso de la transformación del núcleo familiar básico tradicional, no permitiendo disfrutar de permisos o reducciones de jornada para el cuidado del otro miembro de

<sup>32</sup> Vid. Memento Práctico Social 2002, Ed. Francis Lefebvre.

<sup>33</sup> O.M. 18-7-91, art.14; R.D.2064/95, art.66; O.M. 29-1-01, arts. 21.c) y 22, Disposición Adicional 3ª.

<sup>34</sup> A diferencia de los permisos retribuidos en el caso de enfermedad grave u hospitalización de familiares, se exige la dependencia de ese familiar del beneficiario a la hora de precisar una atención directa y personal.

<sup>35</sup> Los que precisan de los cuidados directos del beneficiario del permiso.

<sup>36</sup> Al no acotarla se entiende tanto la edad avanzada como la corta edad.



la pareja de hecho. Igual perversión se producirá en los supuestos de familias monoparentales, cuando se deba recurrir al cuidado de amigos que no obstante no podrán disfrutar de los derechos reconocidos por las citadas previsiones.

#### Régimen jurídico:

a) Constituye un <b>derecho individual</b> de los trabajadores/as, pero si dos o más trabajadores/as de la misma empresa generan ese derecho por el mismo sujeto causante, el empresario/a podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. <sup>37</sup>
b) La <b>concreción horaria</b> y determinación del <b>periodo</b> de disfrute, corresponderá al trabajador/a dentro de su jornada ordinaria. El trabajador/a deberá preavisar al empresario con 15 días de antelación la fecha de reincorporación a su jornada ordinaria. <sup>38</sup> Las <b>discrepancias</b> entre empresario/a y trabajador/a serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento previsto en el art. 138.bis de la Ley de Procedimiento Laboral. <sup>39</sup>
c) La empresa podrá recurrir a la <b>contratación interina</b> para cubrir esta reducción de jornada. <sup>40</sup>
d) El derecho podrá ser disfrutado por cualquier cónyuge siempre que no tenga otra actividad retribuida, y en el caso de <b>separación legal</b> , el que tenga la custodia del menor. <sup>41</sup>
e) Se posibilita el <b>disfrute fraccionado</b> del derecho, es decir, entrar 1 hora después y salir 1 hora antes. <sup>42</sup>
f) No se pierde el derecho a recuperar la jornada completa <b>si la situación se prolonga cumplidos los 6 años por el menor</b> sin denuncia de empresa o trabajador/a. <sup>43</sup>
g) La <b>base de cotización</b> se calcula sobre la retribución efectivamente percibida no siendo nunca inferior al resultado de multiplicar la jornada horaria mensual por la base mínima horaria prevista en el trabajo a tiempo parcial <sup>44</sup> . Se posibilita la suscripción de un <b>convenio especial</b> con la Seguridad Social para mantener las bases antiguas, si se solicita en los 90 días siguientes a la reducción de jornada, con efectos desde la solicitud <sup>45</sup> . En este caso, la <b>base de cotización</b> será la diferencia existente entre la base de cotización correspondiente a la jornada reducida <b>(R)</b> y <b>(X)</b> <sup>46</sup> . <b>(X)</b> será, a elección por el interesado, una de estas 3 cantidades: a) el promedio de las bases de cotización por contingencias comunes de los últimos 365 días; b) la base de cotización mínima correspondiente a su categoría; c) una base de cotización existente entre las dos anteriores. A esta base de cotización se le aplica un porcentaje, obteniendo la <b>cuota íntegra</b> a la que se aplica un coeficiente para obtener la <b>cuota a ingresar</b> . No debemos olvidar que el resultado económico de aplicar estos cálculos dependerá de unas bases de cotización que están condicionadas por la remuneración salarial <sup>47</sup> , con una relación directamente proporcional, por lo que a mayor salario, mayor posibilidad de aumentar la base de cotización al suscribir el convenio especial. La realidad indica la existencia de diferentes rentas salariales entre trabajadores/as siendo la mujer la afectada por los salarios más bajos, con lo que al aplicar una norma como esta de forma aparentemente neutral, sin embargo, se da un mismo tratamiento a situaciones diversas en origen, de facto,

<sup>37</sup> Vid. Art. 2.2 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

<sup>38</sup> Vid. Art.37.6 E.T.

<sup>39</sup> Vid. Art. 2.3 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

<sup>40</sup> Cfr. Art. 5.2.b) del RD 2720/1998.

<sup>41</sup> TSJ Cataluña 3-2-99, AS 1108.

<sup>42</sup> TSJ Castilla-La Mancha 23-1-98, AS 197.

<sup>43</sup> TSJ Madrid, 14-1-98, AS 68.

<sup>44</sup> Vid. Art.32 de la Orden TAS/192/2002, de 31 de enero, que desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional para el año 2002.Cfr. Disposición Adicional 3ª O.M. 29-1-01.

<sup>45</sup> Vid. Memento Práctico Social 2002, Ed. Francis Lefebvre.

<sup>46</sup> Base de cotización = R - X

<sup>47</sup> Base de cotización por contingencias comunes = remuneración salarial mensual + prorrata de pagas extraordinarias. El importe de las pagas extras se integra generalmente por salario base al que se puede añadir conceptos salariales como la antigüedad.

<sup>48</sup> Discriminación indirecta.



provocando el efecto distorsionador de desigualdad material. <sup>48</sup>
h) Todo <b>despido</b> del trabajador/a afectado/a se presume <b>nulo</b> <sup>49</sup> , salvo que la empresa pruebe que obedece a motivos no relacionados con la situación analizada <sup>50</sup> .
i) No es una enumeración exhaustiva, pudiendo prever la <b>negociación colectiva o acuerdos empresa-trabajador/a</b> otras reducciones de jornada ad hoc. (para estudios, cuidado de familiares no previstos en el E.T....)

Dos son las principales críticas que podemos hacer a esta regulación relativa al cuidado de familiares:

- la existencia de una laguna jurídica que genera incertidumbre acerca de cuando existe derecho a recuperar la jornada inicial
- e igualmente acerca de cuales han de ser las consecuencias en la cotización a la Seguridad Social, puesto que no se prevé como en el caso de guarda legal la posibilidad de suscribir un convenio con la Seguridad Social.

## IV EXCEDENCIAS POR CUIDADO DE FAMILIARES

En la Ley se prevén dos tipos de excedencia, la forzosa y la voluntaria. En materia de conciliación, nos afecta la voluntaria, pudiendo distinguir dos tipos fundamentales en este apartado<sup>51</sup>, las acasuales y las que obedecen a circunstancias personales determinadas.

### 7 Excedencias acasuales (Art. 46.2 E.T.)

<b>Duración</b>	Mínimo = 2 años.....Máximo = 5 años
<b>Requisitos</b>	Antigüedad mínima en la empresa de 1 año
<b>Régimen jurídico</b>	No requiere justificación o motivación alguna. Una vez ejercitado el derecho por un trabajador/a, no se podrá volver a disfrutar hasta transcurridos 4 años de la anterior excedencia.

### 8 Excedencia para el cuidado de familiares (Art. 46.3 E.T.)

<b>Duración</b>	Máximo = 1 año (ampliable por negociación colectiva)
<b>Justificación</b>	Para cuidar <sup>52</sup> a un familiar, hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad <sup>53</sup> .

<sup>49</sup> Inversión de la carga de la prueba, recurso habitual en el Derecho Antidiscriminatorio.

<sup>50</sup> Vid. Arts. 53.4, 55.3 E.T.; art. 108.2 Ley de Procedimiento Laboral.

<sup>51</sup> La relativa al cuidado de hijos la explico en el apartado correspondiente.

<sup>52</sup> A diferencia del supuesto previsto para la reducción de jornada, no se exige el cuidado "directo" por lo que plantea la duda de si sería posible hacerlo mediante un intermediario, aunque lo más lógico sería entender que se trata de una laguna legal.

<sup>53</sup> Vid. Comentarios realizados sobre la no inclusión de relaciones consanguíneas o afines, en el apartado correspondiente a reducciones de jornada para cuidado de familiares.

<sup>54</sup> Al no acotarla debemos entender que tanto para el cuidado de personas mayores como de niños que tengan más de 3 años, y que necesitando de nuestros cuidados por no poder valerse por sí mismos, superan el límite de edad previsto para disfrutar de la excedencia para el cuidado de hijos



	que por razones de edad <sup>54</sup> , accidente o enfermedad <sup>55</sup> no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida <sup>56</sup> .
<b>Régimen jurídico</b>	<p>a) Es un <b>derecho individual</b> de los trabajadores/as. No obstante, si dos o más trabajadores/as de la misma empresa generan este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario/a puede limitar su ejercicio <i>simultáneo</i> por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.</p> <p>b) Cuando <b>un nuevo sujeto causante</b> diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.<sup>57</sup></p> <p>c) El periodo de excedencia se computa a efectos de <b>antigüedad</b>, y durante el mismo el trabajador/a tiene derecho a asistir a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario/a especialmente con ocasión de su reincorporación.</p> <p>d) <b>Reserva del puesto de trabajo</b> ...Durante el 1º año, derecho a que se le reserve su mismo puesto de trabajo, después, a uno del mismo grupo profesional o categoría equivalente.<sup>58</sup></p> <p>e) <b>Enumeración no exhaustiva</b>. La negociación colectiva podrá prever supuestos diferentes<sup>59</sup>, con régimen y efectos diversos para que los trabajadores/as puedan disfrutar de una excedencia.</p>

## V LA CONSIDERACIÓN SINGULAR DE LA MATERNIDAD / PATERNIDAD Y SUS DIFERENTES FASES

### 9 DURANTE EL EMBARAZO

#### 9.1 PERMISO RETRIBUIDO PARA EXAMENES PRENATALES Y PREPARACIÓN PARA EL PARTO (Art. 37.3.f) E.T.)

<b>Duración</b>	Por el tiempo indispensable
<b>Justificación</b>	Para realizar <b>exámenes prenatales</b> y técnicas de <b>preparación al parto</b> , siempre que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

(Art. 46.3.1 E.T.)

<sup>55</sup> No necesariamente grave.

<sup>56</sup> Vid. Comentarios efectuados acerca de la ambigüedad del concepto jurídico indeterminado “actividad retribuida” en el apartado de reducción de jornada por cuidado de familiares.

<sup>57</sup> Por ejemplo, se está disfrutando de una excedencia para cuidar a la madre, y se quiere solicitar ahora una nueva excedencia para cuidar al padre (2º sujeto causante).

<sup>58</sup> Cfr. Art. 4 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

<sup>59</sup> Por ejemplo, para el cuidado de personas que no guardan esa relación de parentesco (parejas de hecho, amigos...). Vid. Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores, en la que se regula el acogimiento de personas no menores de 60 años por personas con las que no guardan relación de parentesco la que guardan no es ni en primer ni en segundo grado, pudiendo incluir relaciones de vecindad, amistad....



## 9.2 INCAPACIDAD TEMPORAL

### 9.2.1 Suspensión del contrato de trabajo (art. 45 E.T.)

<b>Causa</b>	<b>Incapacitación física temporal</b> de la trabajadora, cuando no se pueda demostrar que su origen radica en elementos vinculados al puesto de trabajo que ocupa, o aun demostrándolo, sea posible la recolocación en otro puesto de trabajo por la empresa en el que no esté expuesta a dicho riesgo, puesto que sino procederá la suspensión por riesgo durante el embarazo.
<b>Efectos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) La trabajadora <b>no tiene obligación de trabajar</b></li> <li>b) La empresa <b>no tiene obligación de remunerarla</b></li> <li>c) La trabajadora tiene derecho a la <b>reserva de su puesto de trabajo</b><sup>60</sup></li> <li>d) El <b>despido</b> de la trabajadora durante el embarazo es <b>nulo</b> esté o no con el contrato suspendido por este motivo<sup>61</sup></li> </ul>

Los **contratos de interinidad** celebrados con desempleados para cubrir la jornada vacante, sorprendentemente, a diferencia de las bajas por riesgo durante el embarazo o maternidad, no gozan de la bonificación del 100 % s/ las cuotas empresariales a la S.S.<sup>62</sup>

### 9.2.2 Subsidio de I.T. (arts. 128-133 LGSS)<sup>63</sup>

Procederé en estas líneas a exponer el régimen jurídico básico que nos afecta con el objetivo de posibilitar que el lector efectúe un análisis comparativo entre las dos prestaciones potencialmente reconocibles ante el estado de embarazada de la trabajadora, de de **IT** y la de **riesgo durante el embarazo**, siendo esta última la más interesante para trabajadora y empresa., porque su cuantía es mayor en términos absolutos, y la empresa no se vé afectada por abono alguno a su cargo. Es por ello que el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, sobre prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo introdujo cautelas para prevenir y evitar posibles connivencias empresa-trabajadora.

Previamente, destacar que la IT asociada al embarazo es una **incapacitación temporal por enfermedad común** siempre que se prevea que no es una situación irreversible.

<b>Duración</b>	Máximo....12 meses prorrogables por otros 6
<b>Requisitos</b> <sup>64</sup>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) La trabajadora debe estar integrada en el <b>Régimen General</b></li> <li>b) <b>Afiliada</b> y en <b>alta</b></li> <li>c) Acreditar un periodo de <b>cotización de 180 días en los últimos 5 años</b></li> </ul>
<b>Cuantía</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) <b>1º-3º día....no se abona</b><sup>65</sup></li> <li>b) <b>4º-20º día....el 60 % s/ la base reguladora</b><sup>66</sup></li> </ul>

<sup>60</sup> Art. 48.1 E.T.

<sup>61</sup> Art. 55.5 E.T.

<sup>62</sup> Cf.r art. 1.a) RD Ley 11/1998, de 4 de septiembre, q regula las bonificaciones de cuotas a la S.S. de los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a trabajadores/as durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento.(BOE núm.213, de 5 de septiembre)

<sup>63</sup> Vid. también O. 13-10-1967, que regula la prestación de la S.S. por incapacidad laboral transitoria; O. 6-04-1983, sobre el sistema de control de la incapacidad laboral transitoria en la S.S.; RD 575/1997, de 18 de abril, que regula determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la S.S. por incapacidad temporal; O.19-06-1997, que desarrolla el RD 575/1997, de 18 de abril, que regula determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la S.S. por incapacidad temporal

<sup>64</sup> Si no los acredita, podrá acceder a la suspensión contractual pero no al cobro del subsidio.

<sup>65</sup> Salvo que en la negociación colectiva se refleje la obligación de la empresa de proceder a su cobertura.

<sup>66</sup> Base reguladora = base de cotización del mes anterior (= remuneración salarial mensual + prorrata mensual de pagas extras)



	<b>c) 21° en adelante....el 75 % s/ la base reguladora</b>
<b>Entidad responsable material del abono</b>	<b>a) 4°-15° día .....la empresa</b> <b>b) 16° en adelante ....la Entidad Gestora <sup>67</sup></b>

**1.9.2.2.1 Subsidio de IT y extinción del contrato (art. 222 LGSS)**

Supuesto	Efectos
Durante la baja por IT se extingue el contrato	a) nominalmente sigue percibiendo el subsidio de IT pero materialmente su <b>cuantía</b> se corresponde con la de la <b>prestación de desempleo</b> que hubiera tenido derecho a cobrar. b) Cuando se extingue la situación de IT la trabajadora pasa a cobrar la prestación de desempleo, pero descontándole de su duración el periodo consumido en IT desde la extinción del contrato

**1.9.2.2.2 Subsidio generado por un contrato de trabajo a tiempo parcial<sup>68</sup>**

<b>Requisitos</b>	Los exigidos con carácter general
<b>Cuantía</b>	Los mismos % que en el trabajo a tiempo completo pero aplicados s/ una <b>base reguladora</b> calculada en función del promedio de las bases de cotización derecho los últimos 3 meses. <sup>69</sup>
<b>Abono</b>	Se abonará solo durante los días de trabajo efectivo, es decir, durante los que la trabajadora hubiese trabajado de no estar de baja. <sup>70</sup>

<sup>67</sup> El INSS o la Mutua correspondiente.

<sup>68</sup> Arts. 3 y 4 de RD 144/1999, de 29 de enero, que desarrolla, en materia de acción protectora de la S.S., el RD-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 fomento de su estabilidad.

<sup>69</sup> Piénsese que en el trabajo a tiempo parcial se cotiza por hora de trabajo efectivo y no por los días trabajados. La incertidumbre se crea cuando la Ley nos pide que calculemos el promedio de los cotizado en los 3 meses anteriores dividiendo la suma de las bases de cotización que encontremos en ese periodo entre todos los días cotizados, ya que es no disponemos de un parámetro de equivalencia diario, pues el único que ofrece la Ley es de carácter anual y no mensual o trimestral (dividir las horas anuales entre 5, equivalente diario a 1826 horas anuales que representa el trabajo a tiempo completo), lo cual actualmente se soluciona en aquellos casos de trabajadores/as a tiempo parcial que concentren su prestación de servicios en periodos inferiores a los del alta en cómputo anual ya que entonces se cotizará y se mantendrá la situación de alta durante todo el año. Se calcula así una base de cotización anual que luego se prorratea entre todos los meses del año. Vid. RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la seguridad social de los trabajadores/as contratados a tiempo parcial.....

<sup>70</sup> Pero el cómputo de los días a efectos de determinar la aplicación del 60 o el 75 % a la base reguladora una vez iniciado corre inexorablemente sin interrupción aunque luego solo algunos de estos días sean efectivamente cobrados por la trabajadora.



## 9.3 EL RIESGO PROFESIONAL DURANTE EL EMBARAZO<sup>71</sup>

### 9.3.1 Suspensión del contrato de trabajo

El legislador parte de la consideración de que la circunstancia laboral<sup>72</sup> que provoca que la mujer esté expuesta, con ocasión del desempeño de la prestación de servicios –objeto de su contrato de trabajo– a una situación de riesgo<sup>73</sup>, que se podría eventualmente concretar en una lesión efectiva del feto, o afectar a su integridad física, puede ser el supuesto de hecho que se configure como causa determinante de dos instituciones jurídicas con consecuencias jurídicas muy diversas; a veces, motivará la **suspensión del contrato**, *strictu sensu*, y a veces, constituirá la contingencia determinante del reconocimiento de una **prestación económica de Seguridad Social**; pudiendo producirse ambos efectos simultáneamente, suspensión de la relación laboral sin derecho a prestación económica de Seguridad Social –por no cumplir con todos los requisitos previstos para ello–, pero no subsidio de Seguridad Social sin suspensión del contrato de trabajo, puesto que ésta es presupuesto necesario –aunque no determinante– de aquél.

Se trata de una suspensión con reserva de puesto de trabajo, tal y como menciona el **artículo 48.1 E.T.**, que prevé que salvo en el caso de que la causa de la suspensión sea el mutuo acuerdo entre las partes o las causas consignadas válidamente en el contrato, "en todos los supuestos a que se refiere el apartado 1 del artículo 45, al cesar la causa legal de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado", y de ahí el epígrafe del artículo 6 de esta Ley, que procede además a añadir un nuevo apartado 5º a este artículo 48 E.T.<sup>74</sup>.

De hecho, lo que me resulta muy interesante de la previsión adicional es la mención del **riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora** como causa de suspensión de la relación laboral –incluyendo un nuevo apartado 5 en el artículo 48 E.T.–, que evidentemente, por motivos fisiológicos o biológicos, que no jurídicos, sólo es extensible al género femenino, y por ello, tal y como se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las irregularidades en esta materia podrían ser susceptibles de merecer la tacha de inconstitucionalidad por incurrir en una de las circunstancias previstas en el artículo 14 C.E., cual es el sexo, en este caso, femenino<sup>75</sup>.

En realidad, en **artículo 6** de esta Ley, se señala el momento final de la suspensión contractual con derecho a reserva del puesto de trabajo –derecho de configuración legal y no contractual o convencional<sup>76</sup>– refiriéndolo o bien al día en el que se de comienzo al inicio de otra modalidad de suspensión contractual –ex

<sup>71</sup> Vid. 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; Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o estén en periodo de lactancia (DOC 742/2/97. Bruselas. Comisión de las Comunidades Europeas, 1997); Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas 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 periodo de lactancia de 15 de marzo de 1999. COM (1999) 100 final. (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1999). Vid. también Recomendación relativa a la revisión de la Recomendación sobre la protección de la maternidad de 1952, 2000 (nº 191) y Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado) de 1952, 2000 (nº 183) [http://www.ilo.org]

<sup>72</sup> Cfr. artículo 89.1 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

<sup>73</sup> Vid. *Convenio núm. 103 de la OIT*, relativo a la protección de la maternidad (ratificado por España el 26 de mayo de 1965), y la *Directiva 92/85/CEE*, del Consejo, de 19 de octubre, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la mujer embarazada, después de dar a luz, o en periodo de lactancia.

<sup>74</sup> Para una consulta del subsidio económico de maternidad –lo cuál nos podría servir como recurso interpretativo analógico–, que hoy día se concibe no ya como situación de *incapacidad laboral* digna de protección, sino como un derecho constitucional, ligado a la condición femenina, y por lo tanto, al sexo de la mujer *ex artículo 14 C.E.*, y que en base a ello, es susceptible de constituir una contingencia diversa de la que puede motivar una situación de *Incapacidad Temporal* para el trabajo, canalizándose a través de una prestación económica diferente la protección social de la Seguridad Social; cfr. *artículos 133 bis y ss. de la LGSS*.

<sup>75</sup> Vid. la *Directiva 92/85/CEE*, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

<sup>76</sup> Puesto que en el caso de no demostrar que existe esa situación de riesgo que haga incompatible el desempeño de su trabajo con la preservación de su salud o la del feto, se podría en su caso también provocar la suspensión contractual, bien por ser una de las causas previstas en el contrato desde el momento de su celebración, bien por estipularse con posterioridad, de forma contractual –*ex artículo 45.1.b) E.T.*– o no –es decir, por "mutuo acuerdo de las partes", *ex artículo 45.1.a) E.T.*–, pero no necesariamente con o sin reserva de puesto de trabajo (*artículo 48.1 E.T.*).





artículo 45.1.d)- *cual es la motivada por maternidad biológica, o bien al día en que desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior "o a otro compatible con su estado".*

*La explicación de este último inciso la encontramos en que el legislador está presuponiendo –como evidencia de forma expresa el artículo 6 que la suspensión contractual no se produce de forma automática por la aparición de la situación de riesgo, provocada por la permanencia en su mismo puesto de trabajo, sino que sólo se podrá apreciar suspensión contractual siempre que, tras una adecuada evaluación de los riesgos, que en base al artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, determine "la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico", se considere necesario que el empresario, tras haber intentado primero adoptar las medidas necesarias para "evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo –si fuese posible–" y teniendo ésta derecho a desempeñar otro puesto de trabajo o función diferente compatible con su estado –recurriendo para ello al régimen de la movilidad funcional- sin embargo, no exista puesto de trabajo o función compatible, ni siquiera en diferente grupo o categoría equivalente, en cuyo caso procederá la suspensión contractual con derecho a reserva de puesto de trabajo mientras dure esta situación.*

*Pensemos, que la referencia al grupo profesional –ex artículo 39 E.T.-, y no sólo a la categoría, favorece que el ius variandi empresarial goce de una gran flexibilidad en la recolocación de su personal femenino para evitar la suspensión, dada la laxitud de la acepción, que dispone una capacidad omnicomprendensiva o integradora de puestos de trabajo que desde un punto de vista funcional no guardan a veces ningún tipo de homogeneidad, aunque garantizando "las retribuciones correspondientes al puesto de origen".*

*Encuentro además en estas previsiones, una que no puede por menos que inquietarnos, y es que se dispone que quien va a controlar o ratificar que efectivamente se requiere el cambio de puesto de trabajo son los **Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o "de las Mutuas"**, aunque con el informe médico del Servicio Nacional de Salud, el cuál tampoco se especifica que sea vinculante, sino tan sólo que es preceptivo<sup>77</sup>.*

*Sorprende que no habiéndonos planteado de momento ninguna prestación económica de la Seguridad Social, sin embargo intervenga el INSS o la Mutua<sup>78</sup>, quizás porque se sobreentiende que en estos casos siempre existirá el derecho a percibirla, aunque como veremos no siempre será así, pudiendo existir suspensión contractual sin subsidio, aunque no a la inversa.*

*Igualmente, es curioso que se disponga que la imposibilidad de cambio de puesto de trabajo deberá fundamentarse en causas técnicas u objetivas, o simplemente alegar "que no puede razonablemente exigirse por motivos justificados", ante lo cual no podemos por menos que interpelar al legislador para que nos aclare cuestiones como la de qué se entiende por motivos justificados, o la de quién verifica que efectivamente estamos en este caso; si el INSS, la Mutua, el juez, o los agentes sociales a través de la negociación colectiva. Quizás sería por ello conveniente establecer algún criterio objetivo –y no tan subjetivo- para que éstos, aunque indeterminables e imprevisibles desde el texto legal –con el objeto seguramente de que en una afán de exhaustividad no frustremos el objetivo de viabilidad de la norma- sean susceptibles de determinación, en condiciones de seguridad jurídica en el caso concreto objeto de su aplicación.*

*Por último, mencionar, que al concebir todos estos casos como una causa de **suspensión de la***

<sup>77</sup> En el caso de discrepancia entre los dictámenes emitidos por los facultativos de ambos Servicios, deberá resolver la cuestión la Inspección Médica, que viene a ser un organismo configurado como un *superior jerárquico* de ambos tipos de personal.

<sup>78</sup> Es curiosa también la mención de la Mutua, que tradicionalmente ha venido interviniendo en la gestión del subsidio de *Incapacidad Temporal por contingencias profesionales*, permitiéndose también hoy que lo haga en el caso de la correspondiente a la *INCAPACIDAD TEMPORAL* por contingencias comunes, pero lo cierto es que la prestación económica de la Seguridad Social prevista posteriormente por esta Ley, se entiende – como veremos- que es similar a la *INCAPACIDAD TEMPORAL* por contingencias con comunes, aunque con unas particularidades que la asimilan al régimen aplicable a las contingencias profesionales, sin mencionar expresamente, la posible intervención en su gestión de las empresas a través de las *Mutuas de "Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional"*.



**relación laboral**, ex artículo 45.2 E.T., *las consecuencias jurídicas serán "exonerar de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo", y –diría yo- de la obligación de seguir cotizando, salvo que entendamos que simultáneamente se viene disfrutando de una baja médica con derecho a cobro de subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes o la nueva prestación económica creada en esta Ley, para el caso específico de riesgo durante la situación de embarazo– sin perjuicio de la posibilidad, siempre existente, de suscribir un convenio con la Seguridad Social con el objeto de mantener la integración de las cotizaciones durante dicha situación.*

*Quizás sea éste el significado de la **Disposición Adicional 2ª** que dispone que "la legislación de la Seguridad Social en materia de convenios especiales se adaptará a las modificaciones previstas en la presente Ley, en el plazo de un año contado a partir de su entrada en vigor".*

*Por otra parte, no resultaría del todo inadmisibles el entender que en esta Ley se articulan dos tipos de **suspensión contractual**, aplicándose en ambos el artículo 3 de ésta disposición, pero no necesariamente el artículo 6 de la misma; así puede existir una suspensión contractual por riesgo durante el embarazo con **derecho a reserva del puesto de trabajo** –ex artículo 6- por cumplir con todos los presupuestos del artículo 26.2.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, o existir simplemente una suspensión contractual, pero no necesariamente con reserva de puesto de trabajo – ex artículo 3 en cuyo caso, por no cumplir los requisitos del artículo 26.3, e indirectamente del nuevo artículo 134 LGSS, sería una suspensión sin derecho a cobro de esta prestación económica específica de la Seguridad Social, y sin perjuicio del reconocimiento, en su caso, de una subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes.*

*Ahora bien, aunque no se cumplan las previsiones del artículo 26.2.3 de la Ley 31/1995, que implican la supervisión o verificación por los facultativos del INSS de la concurrencia de los requisitos necesarios para provocar esa suspensión con derecho a reserva de puesto de trabajo y de cobro de este nuevo subsidio, siempre se podría apreciar **suspensión contractual** –ex artículo 3 para la cuál no se especifica cuál es el órgano que determinará a efectos exclusivamente laborales la apreciación de la existencia de esa situación de riesgo, ni tampoco que debamos acudir a la Ley 31/1995, **sin reserva de puesto de trabajo**, o en el caso de canalizarse la protección social a través del reconocimiento de una situación de incapacidad temporal, siquiera a efectos laborales, vaya acompañada o no del derecho al cobro del subsidio correspondiente de Seguridad Social, para lo cuál será necesario acreditar además el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 128 y ss. legislación<sup>79</sup> –para lo que no será necesario apreciar tal situación de riesgo, sino sólo incapacitación no permanente para el trabajo objeto del contrato de trabajo, sin que sea en este caso necesario probar el intento de recolocación previo en otro puesto de trabajo diferente- se podrá apreciar **reserva de puesto de trabajo** (ex artículos 45.1.c) y 48.1 E.T. ) manteniéndose la obligación de cotizar sólo en el caso de cobrar subsidio de incapacidad temporal reconocido por el INSS<sup>80</sup>.*

### 9.3.2 Subsidio

*Como se desprende del **artículo 14** de esta disposición, el riesgo durante el embarazo, no sólo puede ser considerado como una causa suspensiva de la relación contractual a efectos laborales, sino que también*

<sup>79</sup> Cfr. también derecho 3158/1966, de 23 de diciembre, Reglamento General de prestaciones económicas de la Seguridad Social; Decreto 1646/1972, de 23 de junio, que desarrolla la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social; Orden de 31 de julio de 1972, que desarrolla el Decreto de 23 de junio de 1972, de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social; Orden del 13 de octubre de 1967, que regula la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social; Orden del 6 de abril de 1983, relativa al Sistema de control de incapacidad laboral transitoria en la Seguridad Social; Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, que regula determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal; Orden del 19 de junio de 1997, que desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, sobre determinados aspectos de la gestión y del control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal.

<sup>80</sup> Si bien podríamos plantearnos la posible continuación de la obligación de cotizar en la empresa, aun denegándose el subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes, siempre que como consecuencia de la incapacitación se produzca la suspensión –que no extinción del contrato- de forma semejante a como en una empresa en la que la trabajadora no puede acceder al cobro del subsidio de maternidad, por ejemplo por no acreditar el periodo de carencia de 180 días en los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante (artículo 130 LGSS), puede sin embargo, acceder a la suspensión contractual (artículo 45.1.d) y 48.4 E.T.) durante la cual no existirá *cuota obrera* que integre la cuota a ingresar por cotización en la Tesorería, pero sí cuota empresarial, aplicándose lo mismo en una situación de incapacidad temporal.



tiene la virtualidad de configurar una suerte de **contingencia causante de una nueva prestación económica de Seguridad Social**.

Así, se prevé la inclusión en la LGSS de un nuevo Capítulo, el **IV TER**, que provoca por ello que el actual artículo 134 pase a quedar enumerado como artículo 136 –consecuencia de la inclusión de estos dos artículos intermedios de reciente creación- formando el contenido de la Sección 1ª del Capítulo V del Título II de la LGSS, y pasando las secciones 3ª y 4ª a enumerarse, respectivamente, 2ª, 3ª y 4ª, aunque sin variar de contenido (**artículo 15**).

Estos dos nuevos artículos –artículo 134 y 135 LGSS- sirven para determinar en qué consiste la contingencia y cuál es el régimen jurídico concreto de esta nueva prestación de la Seguridad Social, respectivamente, previéndose además su extensión –modificando para ello, el apartado 3 de la Disposición Adicional 8ª LGSS- a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales<sup>81</sup>, y en el caso de los trabajadores por cuenta propia, sólo si están incluidos en el Régimen Especial del Mar, Agrario o en el de Autónomos<sup>82</sup>, y en los términos o condiciones que se establezcan reglamentariamente (**artículo 16**).

Se entiende por **situación protegida** a estos efectos, aquella en la que se proceda a una suspensión del contrato de trabajo que obedezca necesariamente al hecho de que “debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos –ya explicados- previstos en el artículo 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”.

Así pues, la **suspensión contractual**, mencionada en el artículo 3 de esta disposición, que procede a ampliar la previsión del artículo 45.1.d )E.T. , y que debe ir necesariamente en este caso acompañada de reserva de puesto de trabajo, por cumplir con las previsiones del artículo 26.3 de la Ley 31/1995, se configura como el presupuesto necesario para que se proceda al reconocimiento de esta nueva prestación.

En cuanto al régimen jurídico concreto de la misma, la primera cuestión que queda sin resolver es la de la determinación precisa de cuáles son los **requisitos** que debe reunir la beneficiaria para poder disfrutar del cobro del mencionado subsidio.

A tenor del nuevo artículo 135 LGSS , esta prestación “se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común , sin más particularidades que las previstas en los siguientes apartados”, de dónde podríamos deducir que se pretende exigir los mismos requisitos que en el caso de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes, lo cuál no deja de ser confuso, puesto que si bien tanto en el accidente no laboral como en la enfermedad común se le exigiría la condición general del **artículo 124.1 LGSS**, es decir, estar afiliadas y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, sólo en el caso de la enfermedad común se le exigiría periodo de carencia –180 días cotizados por contingencias comunes en los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante- (artículo 130 LGSS).

Se podría entender que puesto que se trata de una contingencia relacionada con la **maternidad**, al igual que en ésta debería de cumplir lo relativo a un periodo de carencia de 180 días cotizados en los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante, pero lo cierto es que el legislador parece querer distinguir ambas situaciones deliberadamente, y por ello utiliza diferentes preceptos para su regulación, tanto en el plano laboral –caso de la suspensión (artículos 5 y 6) como en el de Seguridad Social (artículos 13 y 14). De hecho, la cuantía de esta prestación por riesgo durante el embarazo es sensiblemente inferior a la correspondiente a

<sup>81</sup> En consonancia con lo dispuesto en la Directiva 86/378/CE sobre “igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social”.

<sup>82</sup> Cfr. Directiva 86/613/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre protección de la maternidad. Se lamenta en esta materia la falta de previsión por la reforma de un contrato de interinidad para sustituir a las trabajadoras por cuenta propia, en base al Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, a través del que se articule el coste cero de esta sustitución, puesto que paradójicamente es en el caso de las mujeres que trabajan como autónomas o en profesiones liberales donde más obstáculos encontramos para compatibilizar la vida familiar y profesional. Vid. RODRÍGUEZ-PINEROM., ob. cit., pág. 8.



la situación de maternidad strictu sensu, que en sí viene a ser del 100% de la base reguladora (artículo 133 quater LGSS), mientras que esta nueva prestación no será superior –salvo mejora convencional, individual o colectiva- al 75 % de la misma base reguladora que la aplicable para maternidad e incapacidad temporal por contingencias comunes.

Similar ambigüedad encontramos al plantearnos como se debe de articular el mantenimiento de la obligación de cotizar mencionada en el artículo 12, salvo que interpretemos en función del mismo artículo 134 LGSS que deberá de hacerse igualmente en los mismos términos que en el caso de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes, y que además, coincide con el sistema de cotización previsto para el caso de maternidad<sup>83</sup>.

En cualquier caso, resulta un poco decepcionante la asociación, expresa o implícita que establece el legislador entre **prestación económica por riesgo durante el embarazo** y situación de **incapacidad temporal por contingencias comunes**, quizás de forma inconsciente, por la situación mantenida en épocas anteriores, las cuales se deben de entender superadas a partir de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, entendiéndose hoy en día que el fundamento de la protección de la maternidad, o del embarazo como es el caso, no lo debemos encontrar en su concepción como una causa de incapacitación para el trabajo, sino en ser un auténtico derecho de la mujer trabajadora digno de protección, incluso a través de medidas de discriminación positiva, para no desmerecer la proclamación del principio de igualdad previsto en el artículo 14 Constitución Española, puesto que es un estado inevitablemente unido a la condición femenina, o al sexo, de forma que si no queremos incurrir en algún tipo de desigualdad en el empleo –en el acceso al mismo, en el mantenimiento de unas determinadas condiciones laborales, o en la extinción de la relación laboral- debemos brindarle una adecuada protección.

Por otra parte, tampoco nos resuelve esta normativa, si debemos aplicar íntegramente –salvo para determinar la cuantía y el sujeto abonante de la prestación- el régimen jurídico de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes. Así, en el artículo 132 LGSS se configura como causa de **pérdida o suspensión** del derecho al subsidio de incapacidad temporal –por todo tipo de contingencias- "**que el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena**" –de forma similar que para la prestación económica de maternidad (artículo 133 quinquies LGSS)- que si bien en el caso de una incapacidad temporal tiene su razón de ser –al igual que en la maternidad- puesto que sí se estima que un sujeto está incapacitado para el trabajo, y es por ello que empieza a cobrar el subsidio correspondiente, no se entiende que después desempeñe trabajo alguno, pero en el caso que nos ocupa, no necesariamente deberíamos aplicar la misma lógica puesto que sólo se asume la incompatibilidad entre el estado de la embarazada *con el concreto puesto de trabajo* que venía desempeñando –o con cualquier otro existente en la empresa- que provoca la situación de riesgo a la que no puede seguir estando expuesta, pero no necesariamente incompatibilidad en sí con el desarrollo de cualquier otra prestación laboral, y que no genere esa situación de riesgo.

Resulta igualmente sorprendente que el legislador nos articule esta prestación en base a lo que aparentemente va a ser un régimen similar al de la de **incapacidad temporal por contingencias comunes**, y sin embargo, su régimen concreto recuerda más a lo que vendría a ser una prestación económica de **incapacidad temporal por contingencias profesionales**, lo cual es constatable tanto desde el punto de vista de la determinación de la cuantía de la prestación, como de la determinación del Ente encargado de hacer frente al abono de la misma.

Así, mientras que en el supuesto de *incapacidad temporal por contingencias comunes* el beneficiario tiene derecho a cobrar el 60% de la base reguladora, del día 4<sup>a</sup> al 20<sup>a</sup>, y el 75 %, a partir del 21<sup>a</sup>-no cobrando nada por lo tres primeros días de la baja-, en la *prestación por riesgo durante el embarazo* el montante asciende al 75 % de la misma **base** –la de **contingencias comunes**, con lo que se desprecia el cómputo de la remuneración de horas extraordinarias- y durante todo el período de la baja, de forma semejante al porcentaje

<sup>83</sup> Vid. artículo 68 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (BOE nº 22, de 25 de enero de 1996; BOE nº 46, de 22 de febrero de 1996), y artículo 6 de la Orden del 15 de enero de 1999, que desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional contenidas en la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 (BOE nº 14, de 16 de enero).



aplicable para determinar la cuantía de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de *contingencias profesionales*, con la salvedad de que en éste último caso, en el supuesto del *accidente de trabajo*, por ejemplo, el día del accidente se computa como de salario, a abonar con cargo a la empresa, y que la base utilizada es la de *contingencias profesionales*, que en su caso, integrará la parte correspondiente a lo abonado en concepto de horas extras.

Desde el punto de vista del sujeto que debe de abonar la prestación, mientras que en la *incapacidad temporal por contingencias comunes*, la empresa debe abonar al trabajador lo correspondiente al subsidio devengado entre los días 4º y 15º de la baja, y la Entidad Gestora –que puede ser el INSS o la Mutua- del día 16º en adelante, en esta prestación, se establece que el pago corresponderá íntegramente a la **Entidad Gestora**, aunque sin especificar si además del INSS –a través de la Tesorería- podrán intervenir las Mutuas<sup>84</sup> –admitido para la incapacidad temporal por contingencias comunes, pero no para maternidad- con lo que se aligera ciertamente la carga a soportar por las empresas.

Ahora bien, en materia de *gestión*, parece el legislador querer acercar su régimen al de la maternidad, imponiendo la gestión directa por el INSS –salvo en el Régimen Especial del Mar, en el que corresponderá al *Instituto Social de la Marina*-, y vedando por tanto, la *mediata*, a través de la participación, en calidad de Entidad Colaboradora de las empresas, con lo cual también se alivia el peso burocrático que suponía su gestión en las mismas.

Al fin y al cabo, si atendemos a su naturaleza, ciertamente, se trata de una contingencia derivada de un riesgo profesional, puesto que la *situación de riesgo* no se generaría de no estar expuesta al desempeño de un cometido laboral concreto.

Como se desprende de la lectura de los dos epígrafes anteriores la existencia de una *"situación de riesgo durante el embarazo"* puede ser una circunstancia de la que deriven circunstancias jurídicas diversas; **a)** puede dar lugar a una **suspensión contractual**, *ex artículo 45.1.d) E.T.*, sin derecho a cobro de subsidio de la Seguridad Social (artículo 134 LGSS) por no cumplir con los presupuestos del artículo 26.2.3 de la Ley 31/1995, y que en su caso no necesariamente provocará una suspensión contractual, por no cumplir tampoco con el artículo 48.5 E.T.; **b)** en el caso de cumplir con estos últimos condicionamientos, podríamos hablar de **suspensión con derecho a reserva de puesto de trabajo**, acompañada del cobro del **subsidio** explicado en el epígrafe anterior.

Piénsese que, debido a que el juego de este subsidio está condicionado a la acreditación de la concurrencia de los presupuestos del **artículo 26 de la Ley 31/1995**, lo cuál será certificado por los **Servicios Médicos del INSS o de la Mutua**, queda en manos del propio órgano encargado de hacer frente al abono de la misma el poder de influir de forma notable en la decisión final<sup>85</sup> –si bien a través del examen correspondiente a través de los Equipos de Valoración de las Incapacidades- de si procede o no su disfrute, lo cuál no dejar de ser un elemento distorsionante de todo el sistema, tal y como explicaré a continuación.

Como vemos, los médicos del Servicio Nacional de Salud, o del correspondiente a las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.21 C.E.), sólo intervienen para emitir un informe preceptivo, pero no vinculante, con lo que, por mucho que ellos estimen que el mantenimiento de la trabajadora en el puesto de trabajo *ad hoc* puede constituir un riesgo para la madre o el feto, y sin entrar a prejuzgar su dictamen, lo cierto es que los facultativos del INSS o de la Mutua podrían no obstante entender que no procede el reconocimiento del subsidio.

Seamos conscientes de que ello se puede derivar incluso de una conducta imputable directamente a la **empresa**, que omitiendo la diligencia debida –aunque quien alegue conducta fraudulenta deberá probarlo

<sup>84</sup> Yo entiendo que el legislador está asumiendo la intervención de la Mutua desde el momento en que al modificar el artículo 26 de la Ley 31/1995, dispone que podrán ser, no sólo los Servicios Médicos del INSS, sino también los de las Mutuas los que certifiquen que concurren los presupuestos necesarios para el reconocimiento de la suspensión con derecho a reserva de puesto de trabajo y, consecuentemente, del subsidio.

<sup>85</sup> Si bien es cierto que los facultativos del INSS sólo proponen cuál es la solución que ellos estiman más acertada, de forma semejante a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando levanta actas de infracción, decidiendo en última instancia la *Inspección Médica*, que viene a ser algo así como el superior jerárquico de los Médicos del INSALUD.



expresamente- no haya intentado recurrir a la movilidad funcional o geográfica<sup>86</sup>, como medida para eludir el abono del salario correspondiente a ese periodo, y así provocar que sea el INSS el que deba de hacer frente – a través del abono del subsidio- al sostenimiento económico de la trabajadora.

Además, en el caso de ser discrepantes los informes del Servicio Médico de Salud y los del INSS, seguramente la trabajadora se verá abocada, al tener que elegir entre su propia salud o la del feto o la continuación en su puesto de trabajo, y ante la negativa del INSS al reconocimiento de este subsidio específico, a intentar obtener por parte de su médico del INSALUD –en nuestro caso, OSAKIDETZA- un parte médico de baja, con el que –tras estimar que está incapacitada para todo trabajo durante el embarazo, y sin necesidad de aludir ya a la situación de riesgo en sí- obtener un reconocimiento del INSS del derecho a disfrutar de un subsidio de **incapacidad temporal por contingencias comunes**, tal y como se operaba con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, y que entendemos que sigue vigente.

De esta forma, se consigue además reducir el importe de la prestación económica a abonar por la Tesorería, siendo además más factible su reconocimiento dada la innecesariedad de alegar el artículo 26 de la Ley 31/1995.

No obstante, procede recordar también aquí, que la decisión última –a efectos de cobro del subsidio de la Seguridad Social, que no a efectos de suspensión de la relación contractual- después de la ampliación del **artículo 131.bis LGSS** a través de la *Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social*<sup>87</sup>, también en materia de *incapacidad temporal*, corresponde igualmente a los facultativos del INSS, al disponer este precepto que “sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

En este caso, la trabajadora embarazada, y con el objeto de preservar su integridad física o la de su hijo, no se reincorporará a su puesto de trabajo, siguiendo así el consejo del Médico del INSALUD.

La empresa, por su parte, podría alegar **faltas de asistencia al trabajo** para provocar el reconocimiento de una extinción contractual por causas objetivas<sup>88</sup> o en su caso que se declare la procedencia del despido, si la trabajadora reclamase por el mismo, *ex artículo 52.d) E.T.*

Sin embargo, el *artículo 7* de esta disposición<sup>89</sup> pretende anticiparse a tal situación al modificar el **artículo 52.d) E.T.**, estableciendo que “no se computarán como faltas de asistencia que justifiquen la extinción contractual, las ausencias debidas... riesgo durante el embarazo, o a enfermedades causadas por el mismo”<sup>90</sup>, con lo que a través de este precepto además, podríamos concluir que en el caso hipotético objeto del presente análisis, a pesar de no cumplir los presupuestos del artículo 26 de la Ley 31/1995, siempre existirá un derecho a reserva de puesto de trabajo, puesto que no se puede extinguir la relación contractual. Y entonces podemos cuestionarnos cuál es el sentido del **artículo 6** de esta Ley, que no puede ser otro que el exigir además la aplicación de los mecanismos previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales si se pretende además acceder al cobro de este subsidio.

Por lo tanto, la trabajadora no necesita recurrir a la declaración de  **nulidad del despido**  para evitar la resolución de su contrato, alegando los nuevos  **artículos 53.4 o 55.5 E.T.**  que hacen que el despido durante

<sup>86</sup> Puesto que el legislador menciona el “*cambio de puesto de trabajo o función*”, y que sin embargo, en el caso de la movilidad geográfica, entendemos que debería de estar sometida a algún tipo de límite dado el estado de la embarazada.

<sup>87</sup> Cfr. también en desarrollo de esta previsión el *Real Decreto 575/1997*, que fue modificado por el *Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio*.

<sup>88</sup> Así, el artículo 52.d) E.T. considera como causa legal de extinción contractual las “faltas de asistencia al trabajo,  aun justificadas , pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o el 25 % en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 % en los mismos periodos de tiempo...”

<sup>89</sup> Cuestión sobre la que ya había tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en sus sentencias de 8 de noviembre de 1990 (*Asunto 179/88, Hertz*), y de 30 de junio de 1998.

<sup>90</sup> Lo cual podría haberse deducido de la jurisprudencia existente sobre licencias, pero su explicitación contrarresta cualquier tipo de inseguridad e incertidumbres jurídicas, acogiendo así en el ordenamiento interno la más reciente jurisprudencia comunitaria.



este periodo merezca tal calificación, puesto que tales previsiones tienen una ubicación sistemática concreta, y por lo tanto no pueden interpretarse de forma aislada con respecto de los párrafos que las preceden, debiendo entender que lo que el legislador pretende es evitar un despido fundamentado, o –como mantienen estos párrafos anteriores– que “tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la Ley, o bien se produzca por violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”<sup>91</sup>, es decir, que se atente contra el derecho fundamental de **igualdad** –ex artículo 14 Constitución Española– y que además constituye –o debe de constituir– uno de los pilares básicos de nuestro sistema positivo, puesto que tal y como proclama la Constitución Española en su artículo 1, se configura como **valor superior** de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Además, en su caso, de recurrir a ésta última vía, y con el objeto de no imponer una *probatio diabolica* a la trabajadora<sup>92</sup> –que debiera probar que es el sexo, entendido como causa de discriminación, el auténtico móvil del mismo– el legislador articula esta normativa sobre la base de una **presunción “*ius tantum*”**<sup>93</sup>, de forma que siempre que exista esta situación de incapacitación o de riesgo durante el embarazo<sup>94</sup> –aunque no sepamos de forma cierta si será suficiente a estos efectos con el dictamen del Médico del INSALUD, o se requerirá el de los facultativos del INSS o la Mutua<sup>95</sup>– sí durante la misma se resuelve la relación contractual, corresponderá al empresario destruir esta presunción de discriminación<sup>96</sup> haciendo valer cualquiera de las causas previstas por la Ley para justificar un despido.

En realidad el legislador nacional no ha hecho más que cumplir el exhorto del **artículo 10** de la **Directiva 92/85/CEE** del Consejo<sup>97</sup>, de 19 de octubre de 1992<sup>98</sup>, *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 periodo de lactancia*<sup>99</sup>, y que prevé en su artículo 10 que “los Estados Miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas [...]”, salvo en los casos excepcionales

<sup>91</sup> Cfr. STC 136/1996; BOE del 12 de agosto de 1996.

<sup>92</sup> Tampoco se le impone a la empresa, puesto que tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional [STC del 23 de julio de 1996 (RTC 1996/136), “la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se funden no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de una persona una conexión directa e inequívoca, no bastando en el caso de tratos desfavorables basados en el embarazo, la simple afirmación de la trabajadora de ser discriminatorio, debiendo aportar ésta indicios que generen razonable sospecha, sólo imponiendo a la empresa que justifique la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter ajeno a todo propósito vulnerador de los derechos fundamentales”.

<sup>93</sup> Vid. STC, del 22 de marzo de 1999 (RTC 1999/41), en la que se declara que “la discriminación por razón de sexo constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial, obligando al empresario a utilizar un criterio neutro predicable por igual para hombre y mujer, así como a rechazar otros criterios que siendo formalmente neutros produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de discriminación indirectas o de impacto inverso”.

<sup>94</sup> Es curioso que en el artículo 52.d) E.T. –a efectos de no considerar como falta justificativa de un despido– junto con la situación de riesgo durante el embarazo se mencione la de *enfermedad causada por embarazo* –que podría comprender la situación de incapacidad temporal, pero no la de “riesgo durante el embarazo” necesariamente– y sin embargo, a efectos de declarar la nulidad del despido, sólo se mencione la situación de *riesgo durante el embarazo*, quedándonos la duda de si en el caso de una situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, durante el embarazo –que a su vez puede estar motivada por el embarazo o no– también opera la misma presunción.

<sup>95</sup> Piénsese que en el *despido nulo* sólo estamos pensando en los efectos laborales, al margen de las vicisitudes del subsidio.

<sup>96</sup> Siendo conscientes de que –tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional (STC 34/1984)– si bien la empresa no está vinculada por un principio absoluto de igualdad de trato, no es menos cierto que ello no excluye la prohibición de distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias, de forma que conforme al artículo 108.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, sí el móvil del despido ha sido alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución, o se aprecie violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, “el juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del despido” [STS, (UD), de 22 de febrero de 1993]

<sup>97</sup> Vid. en el mismo sentido, el artículo 8 del Convenio 156 OIT, que determina que la responsabilidad familiar no debe constituir por sí una causa justificada para poner fin a la relación laboral, y el artículo 5 del Convenio 158 OIT, que tampoco admite como tal la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad, estando obligada España a aplicar estas disposiciones al haber ratificado ambos Convenios.

<sup>98</sup> A.A.V.V., *Memento Práctico Social, 1999*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 1999, págs. 701 y ss.

<sup>99</sup> Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE; DOCE, serie Ley, nº 348, pág. 1.

<sup>100</sup> Piénsese que se trata de una *discriminación directa*, y no indirecta, que es el ataque más frontal del principio de igualdad, pues tal y como ha manifestado el *Tribunal de Justicia de Luxemburgo* reiteradamente en su jurisprudencia, “el despido de una trabajadora por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres y, por tanto, constituye una discriminación directa basada en el sexo” (STJCE 30-6-98), no permitiendo así, justificar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, y no siendo quizás por lo tanto aplicable en estos casos –debiéramos entender nosotros– el artículo 96 LPL, que en relación con la *discriminación por razón de sexo*, cuando existan indicios al respecto, impone el demandado –para eludir la responsabilidad– “la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, de modo que –tal y como ha sugerido el Tribunal Constitucional– “no basta la existencia de una *concausa*, sino que ha de excluirse que exista una *concausa relacionada con el embarazo* [...] de modo que el órgano judicial ha de llegar a la convicción de que el despido o la extinción nada ha tenido que ver con el embarazo...” (vid. RODRÍGUEZ-PINERO M., “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1999, págs. 1 y ss.); cfr. también la



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. [...] Cuando se despida a una trabajadora en estas condiciones, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito"<sup>101</sup>.

En realidad, con anterioridad a su transposición a nuestro ordenamiento interno, se podrían haber invocado dichas previsiones ante los Tribunales nacionales, pues sí bien es cierto que a tenor del **artículo 189 TCEE**, aparentemente son sólo los *Reglamentos* comunitarios las únicas disposiciones europeas con eficacia directa, mientras que en el caso de las **Directivas**, debíamos entender que "obligan al Estado Miembro en cuanto al resultado, dejándole libertad para escoger las formas y medios para alcanzarlo dentro del plazo previsto en la Directiva, no siendo de aplicabilidad directa, surtiendo efecto sólo después de ser notificadas a sus destinatarios, entrando en vigor en los Estados, una vez traspuesta por éstos a su ordenamiento interno", sin embargo, la jurisprudencia del **Tribunal de Justicia de Luxemburgo** ha construido la **doctrina del efecto directo**, de forma que se entiende que "las reglas de Derecho Comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de una manera uniforme en todos los Estados Miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez, de forma que pueden tener efecto directo todas aquellas normas que sean "self executing" por imponer obligaciones claras e incondicionales"<sup>102</sup> y carecen en su aplicación de un margen de discrecionalidad, creando derechos individuales invocables ante los órganos jurisdiccionales internos dando lugar a la **"eficacia directa vertical"**<sup>103</sup>.

Hasta aquí, la situación que hemos analizado advenía como consecuencia de intentar en primer lugar que operen los mecanismos correspondientes al disfrute del subsidio, pero ¿sí sucede a la inversa, de forma que lo primero que entra en escena es el mecanismo correspondiente a la **suspensión contractual**?

Piénsese que el embarazo, y posibles situaciones de él derivadas –incluidas las bajas, permisos, etc.– junto con el parto, son circunstancias que, una vez notificadas en la empresa, son perfectamente previsibles por parte de ésta, que en su caso, es consciente de que si se le reconoce a la trabajadora una baja por una situación de *riesgo durante el embarazo*, o una suspensión contractual por *incapacidad temporal*, vayan o no acompañadas de disfrute de subsidio económico<sup>104</sup>, ella vendrá obligada a seguir cotizando durante dicha situación<sup>105</sup>, lo cual no será más que el preludio de su continuación a través de la posterior baja de maternidad.

Por lo tanto, se podría intentar en la práctica, recurrir a la **suspensión contractual**, sin derecho a reserva de puesto de trabajo, que obedezca al **mutuo acuerdo** de las partes, tal y como se prevé en el artículo 45.1.a); "acuerdo", que teóricamente debiera ser fruto de la *autonomía de la voluntad individual*, o de la libre prestación de su consentimiento por ambas partes contractuales, pero lo cierto es que éste, desde el punto de vista de la trabajadora –dado el desequilibrio natural inherente a esta relación contractual– puede resultar mediatizado, de forma que ésta, y ante la próxima no renovación del contrato –en el caso de ser temporal, como suele ser frecuente en estos casos– negocie un "despido", puesto que si se operase la **suspensión contractual por mutuo acuerdo**<sup>106</sup>, en el cual se puede estipular que "no exista derecho a reserva de puesto

Directiva 97/80/CEE, de 15 de diciembre de 1997. Vid. SSTJ de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C.E.-177/88, Rec. p. I-3941, apartado 12; *Hertz*, de 8 de noviembre de 1990 C.E.-179/88, apartado 13; *Habermann-Beltermann*, de 5 de mayo de 1994, C.E.-421/92, Rec. p. I-1657, apartado 15, y *Webb*, de 14 de julio de 1994, C.E.-31/93, Rec. p. I-3567, apartado 19.

<sup>101</sup> Vid. Conclusiones del Abogado General presentadas ante el Tribunal de Justicia el 5 de febrero de 1998, en el *Asunto Mary Brown & Rentokil Initial UK Limited (A. C.E.-394/96)* en las que ya se preveía que "una vez incorporada al derecho interno de los Estados Miembros la prohibición de despido que establece el artículo 10 de la Directiva 92/85, ya no cabrá aplicar el artículo 5 de la Directiva 76/207, que establece el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, a los casos en los que una mujer haya sido despedida mientras estaba embarazada".

<sup>102</sup> Como lo son las del artículo 10.1 de la Directiva 92/85; vid. MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA M., "La prohibición de despido de la trabajadora embarazada: reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992", *Revista de Derecho Social*, núm. 7, 1999.

<sup>103</sup> Cfr. STJ en el caso *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978 (A. 106/77)

<sup>104</sup> Con la diferencia de que en el caso de cobro de subsidio por *incapacidad temporal derivada de contingencias comunes* parte del abono del mismo será financiado por la empresa.

<sup>105</sup> Si bien es cierto que en caso de contratar a un desempleado que le sustituya a través del contrato de interinidad se ahorra las cotizaciones de este segundo trabajador, por lo que podríamos entender que es aplicable aquí la teoría del *coste cero*.

<sup>106</sup> Aunque también podríamos entender analógicamente –en función de lo previsto para el despido durante la situación de embarazo– que la suspensión contractual durante la concurrencia de esta circunstancia de la mujer embarazada –el embarazo– provoca que se aplique la presunción de conducta discriminatoria por parte de la empresa, incumbiéndole a ella destruir esta presunción; cfr. *Directiva 97/80/CE*, de 15 de diciembre, *relativa a la*





de trabajo" (ex artículo 48.1 E.T.), y una vez desaparecida la causa suspensiva la trabajadora pretendiese reincorporarse a su puesto de trabajo, el cuál no había obligación de reservar por parte de la empresa, se resolvería su relación contractual sin que ésta pudiese solicitar siquiera el cobro de una prestación de **desempleo**, puesto que sería equiparable tal proceder a la dimisión voluntaria del trabajador<sup>107</sup> (ex artículo 208.2 LGSS)<sup>108</sup>.

De esta forma, la empresa ha conseguido –recordemos que ella pudo interferir también en la denegación del subsidio previsto para una situación de *riesgo durante el embarazo*<sup>109</sup> - la resolución contractual, sin necesidad, siquiera de alegar el artículo 52.c) E.T. y amortizar el puesto de trabajo, debiendo de considerar que es lo prioritario para ella, pues si tiene la intención de mantener el puesto de trabajador en funcionamiento, quizás sea más interesante mantener su relación contractual con la trabajadora, aunque suspendida, a pesar de seguir cotizando por ella, puesto que el artículo 14 de esta Ley<sup>110</sup>, le permitirá acceder, en el caso de contratar a una persona desempleada –que parece ser no es necesario que sea parada de larga duración o algo semejante, o que sea beneficiaria de prestación o subsidio de desempleo- a una **bonificación del 100 % en las cuotas empresariales de la Seguridad Social**, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de recaudación conjunta.

Por último, mencionar que, a pesar de que el legislador no se pronuncie expresamente, debemos asumir la **incompatibilidad** implícita existente entre el subsidio o la suspensión contractual motivada por una situación de *riesgo durante el embarazo* y la motivada por una *incapacidad temporal derivada de contingencias comunes* de forma simultánea, puesto que son dos instituciones que atienden a proteger contingencias específicas diversas.

Así, puede existir una situación de *riesgo durante el embarazo de hecho*, pero no *de derecho*, por no cumplirse los presupuestos del artículo 26 de la Ley 31/1995, y que sin embargo, aconseje el reconocimiento de una situación de *incapacidad temporal por contingencias comunes* como consecuencia de una incapacitación que impida a la trabajadora la incorporación a su puesto de trabajo, sin requerir la acreditación de haberse intentado solventar la situación mediante la movilidad funcional, y sin necesidad de que exista esa situación de riesgo.

Por otra parte, aun cuando en determinados casos se entienda que el supuesto de hecho considerado es susceptible de cumplir ambas contingencias, el cobro del subsidio se deberá fundamentar en una sola de ellas, es decir, es la que resulte más interesante a opción del beneficiario –que no de la empresa- es decir, la del *riesgo durante el embarazo*, de forma semejante a como el beneficiario de un subsidio de desempleo, en el caso de cumplir varias de las circunstancias previstas en el artículo 215 LGSS opta por la que se le presente más conveniente.

---

*carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo*, y que en España ha sido acogida por nuestro Tribunal Constitucional que ha sentado una jurisprudencia en función de la cual, desde sus *STC 38/1991*, se consideran constitutivas de *despido discriminatorio* merecedor de la sanción de nulidad radical, y desplazando la carga de la prueba a efectuar por la empresa, en las conductas sospechosas del empresario al tomar medidas perjudiciales de la trabajadora en situación de embarazo; así cuando se resuelve la relación contractual durante el periodo de prueba del contrato –supuesto excepcional en el que sólo se admite, en caso de embarazo de la trabajadora, la resolución contractual *causal*(*STC 166/1988*); con ocasión de la no renovación de un contrato temporal (*STC 173/1994*); primando en todos estos casos el elemento temporal sobre el causal.

<sup>107</sup> Por ello, la empresa podría convenir con la trabajadora la canalización de la resolución contractual a través de una *despido por causas objetivas*, por ejemplo, por "*ineptitud de la trabajadora sobrevinida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa*", (ex artículo 52.a) E.T.), de forma que no fuese necesaria la reclamación del trabajador para acceder al cobro de la prestación por desempleo (artículo 208.1.1.d) LGSS), accediendo en su caso a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio en la empresa, y puesto que generalmente se tratará de contratos temporales, no ascenderá a un montante importante.

<sup>108</sup> Y sin perjuicio de poder utilizar las cotizaciones de ese contrato para acumularlas a las generadas por una posterior relación contractual, accediendo así en un momento posterior, en el que sí se produzca una *situación legal de desempleo* (ex artículo 208 LGSS), al cobro de una prestación o subsidio de desempleo.

<sup>109</sup> Además, en la medida en que entre en juego en primer lugar la suspensión contractual se impide a la trabajadora el acceso al subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes o de riesgo durante el embarazo, puesto que con el contrato suspendido se entiende que ésta no está en puesto de trabajo alguno que genere esta situación de riesgo, o con respecto del cual se considere incapacitada.

<sup>110</sup> Que modifica el artículo 1 del Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento.



En conclusión, que la intención es muy loable, pero en la práctica no será tan sencillo su disfrute, puesto que requiere unos presupuestos fácticos como que se trate de empresas que cuenta con plantillas ingentes o al menos, significativas desde un punto de vista cuantitativo, de forma que sea más *soportable* el prescindir de un trabajador que cubra el puesto de trabajo correspondiente, y seguir pagando sus cotizaciones, cubriendo esas tareas a través de la *movilidad funcional o geográfica*, la cual además será difícil de articular en empresas pequeñas, las cuales podrán no obstante alegar que “no puede razonablemente exigírseles la remoción de puesto de trabajo por motivos justificados” (ex artículo 26 de la Ley 31/1995), para que pueda en cualquier caso apreciarse la concurrencia de la situación de *riesgo durante el embarazo*.

Pero lo cierto, es que requerirá además que se trate de una trabajadora que ostente en la empresa una cierta solidez y seguridad desde el punto de vista de la estabilidad contractual, de forma que, *de hecho*, no se encuentre su decisión mediatizada por la consideración de una eventual extinción inmediata de su contrato, que en la medida en que sea temporal, generalmente estructural, ninguna causa suspensiva tendrá la virtualidad de prolongar la duración del mismo.

En cualquier caso, se trata de una previsión legislativa que como tal requiere un adecuado desarrollo reglamentario, presentándose en realidad como una **Ley en blanco** que traslada al Poder Ejecutivo el peso y la responsabilidad de la articulación de un auténtico régimen sustantivo, puesto que deberá de incidir en cuestiones tan básicas como el *sistema de cotización* a adoptar por la empresa durante la vigencia de la situación de riesgo durante el embarazo, y que seguramente no distará mucho del existente actualmente durante el disfrute de una baja por maternidad, puesto que es ésta, y no cualquier contingencia *incapacitante* para el trabajo, la causa última del embarazo, no entendiéndose entonces por qué no se les reconocerá a estas trabajadoras el derecho a cobrar, no el 75 %, sino el 100% de la base reguladora al igual que en *maternidad*.

En conclusión, la Ley recientemente publicada no es más que la concreción a nivel formal del compromiso asumido por el Estado español, como Estado Miembro integrado en la Unión Europea<sup>111</sup>. Se trata de una disposición genérica que para su efectiva aplicación, y para cumplir el mandato dirigido a los poderes públicos por el artículo 9.2 C.E.<sup>112</sup> de la realización real o material –y no sólo formal- del principio de igualdad, requerirá medidas adicionales que a través de una adecuada política educativa y cultural permitan la transformación real de la propia sociedad<sup>113</sup>, pues no olvidemos que es ésta –a su vez condicionada por las transformaciones de los *roles mentales*- la que impulsa los cambios legislativos y la que en definitiva, predetermina también el sentido de la aplicación o interpretación de la legislación existente<sup>114</sup>.

#### **1.9.3.2.1 5.1. Contingencia partícipe de la naturaleza de las “contingencias comunes determinantes de una situación de Incapacidad Temporal” o de la de “maternidad”**

En realidad, en la norma objeto del presente estudio el legislador –tal y como hemos evidenciado en líneas precedentes- parece querer manifestar explícitamente su voluntad de asimilarla a estos efectos, a las **contingencias comunes** susceptibles de provocar el reconocimiento de una situación de **Incapacidad Temporal**, y por ello anticipa que su régimen se articulará *en los términos y condiciones* de éstas, e igualmente prevé expresamente que su *base reguladora* se calculará también en función de la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior a aquél en el que se produce el hecho causante,

<sup>111</sup> Vid. GORELLI HERNANDEZ J., “Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia”, *REDT*, núm. 97, 1999, págs. 729 y ss.

<sup>112</sup> Vid. Auto del Tribunal Constitucional del 13 de octubre de 1997 (RTC 1997/333), y Auto del Tribunal Constitucional del 18 de diciembre de 1996 (RTC 1996/382), en los que se menciona la *doble dimensión* de los *derechos fundamentales y libertades públicas*, concibiéndose como *derechos subjetivos* de defensa frente al Estado, pero presentando también una *dimensión objetiva*, en virtud de la cual operan como *componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico, vinculando a los poderes públicos en dos sentidos: en su dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada, y en su dimensión objetiva, reclama de ellos que coadyuven a fin de que la implantación de derechos fundamentales sea real y efectiva, operando como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos*”.

<sup>113</sup> Favoreciendo transformaciones axiomáticas de actitudes en cuanto a la división del trabajo y a la participación de las responsabilidades familiares en el hogar, favoreciendo la mayor sensibilidad de los agentes sociales.

<sup>114</sup> Cfr. artículo 3 Código Civil.



despreciando en su caso el cómputo de lo abonado en concepto de horas extras en el año inmediatamente anterior, y que sí se consideraría de ser ésta una contingencia profesional.

Según la afirmación anterior, podríamos deducir que igual que en el caso de la **enfermedad común** – debido a la difícil subsunción analógica en el concepto de *accidente* no laboral-, para poder acceder a este subsidio deberá además la trabajadora acreditar que cumple con el periodo de carencia de 180 días cotizados por contingencias comunes en los últimos 5 años, y que por otra parte, coincide además con el exigido para acceder a un subsidio motivado también por razones de maternidad, pero si bien no necesariamente con posterioridad –al menos en su integridad- si relacionado con el alumbramiento de la criatura.

Por lo tanto, toda aquella trabajadora que no cumpliera este requisito, a pesar de cumplir con todos los extremos del artículo 26 de la Ley 31/95, quedaría privada del disfrute del derecho, y en el caso de no cumplir las previsiones de la Ley de Prevención, del derecho a obtener una suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo.

Pensemos que en el caso de las **trabajadoras a tiempo parcial** –es decir, las que tengan una jornada estipulada inferior al 77% de la jornada habitual de esa actividad- la cobertura de la **carencia específica** se ve obstaculizada por el sistema de cotización y de protección social articulado para ellas desde el año 1993<sup>115</sup>, en función del cuál en el trabajo a tiempo parcial *día trabajado* no equivale a *día cotizado*, sino que sólo se cotiza por hora de trabajo efectivo<sup>116</sup>, no computándose –a diferencia del *trabajo a tiempo completo*- tiempos de descanso computables como de trabajo, salvo supuestos excepcionales que dependen generalmente de la distribución horaria de la jornada semanal<sup>117</sup>, todo lo cuál adquiere connotaciones preocupantes en el caso del *trabajo fijo discontinuo*<sup>118</sup>.

Así pues, en el **trabajo a tiempo parcial**, se exigiría la misma *carencia genérica* –180 días cotizados- para cuya acreditación se tomarían *las horas efectivamente trabajadas* –al año- y se dividirían entre 5, *equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales*<sup>119</sup>, incrementándose el periodo de 5 años –en el que reunir esos 180 días cotizados- en la misma proporción en la que se vea reducida su jornada con respecto de la correspondiente al trabajo a tiempo completo, llegándose a la misma conclusión de aplicar la normativa prevista para la contingencia de **maternidad**.

A efectos de calcular su base reguladora, la distinción entre la contingencia de **maternidad** e **Incapacidad Temporal**, puede tener también su importancia, pues si bien es cierto que en el caso del trabajo a tiempo completo no existe diferencia alguna, no podemos decir lo mismo si se trata del **trabajo a tiempo parcial**, en el que la **base reguladora diaria**, se obtendrá de diferente forma según cuál sea la contingencia contemplada.

Para el reconocimiento de una prestación económica de **Incapacidad Temporal por contingencias comunes**, ésta *“será el resultado de dividir las sumas de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho periodo”*, adquiriendo en este caso, un gran protagonismo la forma concreta de articular la distribución o concentración horaria de la jornada a lo largo del

<sup>115</sup> Cfr. Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación (BOE núm. 292, de 7 de diciembre; RCL 1993, 3295).

<sup>116</sup> Cfr. Disposición Adicional 7ª.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social; Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo en relación a trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad; Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, que desarrolla en materia de acción protectora de la Seguridad Social, el Real Decreto-Ley 15/1998.

<sup>117</sup> Vid. artículo 29.2.2 de la Orden del 15 de enero de 1999, que desarrolla las normas de Cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial, y Formación Profesional contenidas en la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 [BOE núm. 14, de 16 de enero, y núm. 74, de 27 de marzo (RCL 1999, 144 y 814)]; Disposición Adicional Única del Real Decreto 144/1999, de 19 de enero.

<sup>118</sup> Vid. MTNEZ. DE VIERGOL A., “La problemática en torno a la subsunción del trabajo fijo discontinuo dentro del trabajo a tiempo parcial”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 20, 1995, págs. 47 y ss.

<sup>119</sup> Vid. Disposición Adicional 7.1.2.a) TRLGSS (Real Decreto Legislativo 1/1994).



año<sup>120</sup>.

En el caso, de la **maternidad**, sin embargo, "será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365", obteniendo así su importe diario<sup>121</sup>.

Igualmente, ya sabemos que sólo en el caso de la maternidad, se tendría derecho a percibir el **100 % sobre la base reguladora**, así calculada, mientras que en la situación de Incapacidad Temporal, sólo el 60 % de la misma durante el periodo comprendido entre el día 4º y 20º de la baja –no cobrando nada los tres primeros días- y el 75 %, a partir del día 21º.

Si mencionamos la **duración** del subsidio, volvemos a encontrar divergencias, no en el trabajo a tiempo completo, en el que se cobrará durante los días en que efectivamente permanezca en dicha situación, sino en el **trabajo a tiempo parcial**, en el que la mencionada regla general sólo será aplicable en el supuesto de ser la **maternidad** la contingencia determinante de la prestación<sup>122</sup>, puesto que en el caso serlo una de las contingencias comunes determinantes de la **Incapacidad Temporal**, éste sólo se abonaría "durante los días contratados como de trabajo efectivo en los que el trabajador permanezca en situación de **Incapacidad Temporal**", por lo que el cómputo final puede ser sensiblemente inferior al correspondiente al de los días naturales de baja<sup>123</sup>.

#### **1.9.3.2.2 5.2. La necesaria configuración como "contingencia profesional" ex artículo 15 y 35 C.E.**

En realidad, yo entiendo que el legislador intuye que debe de encontrar la inspiración en la lógica que preside la regulación de la protección de la situación de maternidad, y por ello articula por ejemplo la **gestión directa** de la prestación por parte del INSS, pero es consciente al mismo tiempo, de que la necesidad de proteger esta contingencia está relacionada con la preservación de la **integridad física** de la madre y del feto, la cuál puede verse expuesta a una situación de peligro **potencial**, que sin necesidad de llegar a concretarse o materializarse en un resultado lesivo concreto<sup>124</sup>, es necesario prevenir, y hacerlo desde un punto de vista laboral –por ello se aplica el artículo 26 de la Ley 31/1995-, como obligación empresarial, puesto que el empresario debe asumir la responsabilidad de la creación de esa situación de riesgo para la mujer embarazada, riesgo que está íntimamente ligado al puesto de trabajo desempeñado, y no a cualquier causa ajena al mismo, articulando por ello, la vía de la movilidad funcional –*ex artículo 39 E.T.* – para solucionarlo.

De hecho, tras la lectura de la disposición se observan afinidades importantes en el régimen jurídico articulado; así, el importe de la prestación del 75 % de la base reguladora –si bien integrada según la correspondiente a una contingencia común-, gestión directa por el INSS, y similitud en los días de reconocimiento de la prestación, a pesar de la incertidumbre sobre sí el inicio del cómputo se debe ubicar en el mismo día de comienzo del disfrute de la baja –como en las contingencias comunes- o al día siguiente –como en el accidente de trabajo-.

Si entendiéramos que se trata de una **contingencia común**, nos veríamos abocados a aplicar el

<sup>120</sup> Influyendo en la alteración de su cuantía, e indirectamente en la de la prestación, circunstancias como la de concentrar "casualmente" la jornada del trabajo a tiempo parcial –cuya determinación conceptual, no lo olvidemos, se verifica en cómputo anual- en los últimos tres meses, para alcanzar el máximo de prestación, o a la inversa, para reducir su importe, del que depende finalmente el que debe abonar la empresa, que es la que definitivamente va a influir con su decisión en la articulación efectiva de la misma. Vid. Disposición Adicional 7ª LGSS, y artículo 4 del Real Decreto 144/1999, de 29 de enero.

<sup>121</sup> Vid. artículo 5 del Real Decreto 144/1999, de 29 de enero.

<sup>122</sup> Vid. artículo 5.3 del Real Decreto 144/1999, de 29 de enero.

<sup>123</sup> Siendo nuevamente decisiva la distribución horaria de la jornada, o su concentración en los días correspondientes a la baja, puesto que si *casualmente* estaba prevista la innecesidad de la utilización de los servicios de la trabajadora afectada durante ese periodo de baja, ésta tendrá reconocido un periodo ínfimo o nulo de subsidio, lo cuál repercutirá igualmente en la reducción de la carga de cotización que por ella debe asumir la empresa. Vid. artículo 4.a) Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, y artículo 32.2 de la Orden del 15 de enero de 1999.

<sup>124</sup> De forma similar a como en Derecho Penal se distinguen los *delitos de peligro* y los de *resultado*.



**artículo 41 C.E.** para fundamentar su protección, de forma que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato previsto en este precepto constitucional, gozarían de gran flexibilidad y libertad al articular el régimen concreto de protección en materia de Seguridad Social, garantizando prestaciones sociales suficientes ante esta situación de necesidad, pero en su caso, tras el cumplimiento de los requisitos oportunos, puesto que en el mismo precepto se prevé el *carácter universal* del régimen público de Seguridad Social, que obliga a una distribución *racional* de los recursos limitados existentes.

No olvidemos además, que no se concibe el artículo 41 C.E. como fuente de ningún derecho fundamental<sup>125</sup>, de forma semejante al artículo 35 C.E., que permita invocar directamente ante los Tribunales el derecho a obtener la protección social, por el simple hecho de concurrir la situación de necesidad, y por lo tanto, la trabajadora estaría expuesta a eventuales cambios legislativos que pudieran alterar la dimensión de la protección reconocida, o quedar privada de la misma por no cumplir con los periodos de carencia establecidos, o requisitos de afiliación y alta, *ex artículo 124 LGSS*.

Por todo ello, me parece que sería más adecuado enfocar la cuestión desde el punto de vista de la existencia de una **deuda empresarial** –*ex artículo 35 C.E.*–, contraída por el hecho de contratar a una trabajadora que esté desempeñando un puesto de trabajo del que eventualmente –en el caso de estar embarazada– pudiera derivarse un riesgo para su **integridad física**<sup>126</sup> –*ex artículo 15 C.E.*<sup>127</sup>– o la del feto<sup>128</sup>, y que como tal merece la protección de un auténtico **derecho fundamental**, no sólo a nivel procedimental, sino también en cuanto a la forma de protección que recibe, no sólo a efectos laborales sino también de Seguridad Social, puesto que para su realización efectiva –*ex artículo 9.2 C.E.*<sup>129</sup>– no será suficiente el reconocimiento de la suspensión contractual con derecho a reserva de puesto de trabajo, sino también la paliación de la deficiencia de ingresos a través del reconocimiento de unas rentas que compensen la inexistencia del cobro del salario durante dicho periodo, y que sería más lógico por ello, que –al igual que en el caso de la maternidad– se correspondiesen con el 100 % de la base reguladora.

De esta forma, al igual que en el caso del **accidente de trabajo**, no sería admisible periodo de carencia alguno para dificultar el acceso de las trabajadoras a dicha protección, se aplicaría el principio de presunción de alta de pleno derecho en el momento de materializarse la contingencia, tendría total sentido la aplicación de la Ley 31/1995, al igual que la de la intervención de los facultativos de la Mutua en el sentido explicado anteriormente, y sobre todo –a efectos procedimentales–, si bien es cierto que el artículo 9 de la Ley 39/1999, crea un nuevo procedimiento especial –**artículo 138.bis TRLPL**<sup>130</sup>–, preferente y sumario para resolver las

<sup>125</sup> Vid. STC 206/1997, de 27-11-97 (RTC 1997\206). Desde el punto de vista del principio de igualdad, entendiendo que el artículo 41 C.E. no constriñe al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o a la previsión de iguales circunstancias de nacimiento del derecho; vid. STC núm. 38/1995, de 13-2-95 (RTC 1995\38), núm. 77/1995, de 22-5-95 (RTC 1995\77).

<sup>126</sup> Vid. STC 136/1996, de 23-7-1996 (RTC 1996\136), en la que se admite por el Tribunal Constitucional que en el caso de la pasividad de un juez ante una conducta empresarial que pusiera en peligro la vida o integridad física de sus trabajadores se podría considerar vulnerado este derecho, o incluso el *derecho a la vida* reconocido en el mismo artículo 15 C.E.

<sup>127</sup> Vid. 4.2.d) E.T. relativo al derecho de los trabajadores, en relación a su trabajo, a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene; igualmente en el artículo 19 E.T. se dispone que “el trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene”; artículo 40.2 Constitución Española, “los poderes públicos [...] velarán por la seguridad e higiene en el trabajo”; Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE núm. 269, de 10 de noviembre); Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, que establece las disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud en los lugares de trabajo; Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, del Consejo, en aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

<sup>128</sup> Limitando las hipotéticas discriminaciones derivadas en el *acceso o selección* para el puesto de trabajo correspondiente a través de la aplicación directa del artículo 14 C.E. Vid. STC núm. 136/1996, de 23-7-96 (RTC 1996\136); Directiva 76/207/CEE de 9-2-1976, sobre *igualdad de hombres y mujeres en el acceso al empleo* (LCEur 1976\44) [artículos 1.1, 2.1, 3, 5.1]; Directiva 92/85/CEE de 19-10-1995, sobre *seguridad e higiene en el trabajo* (LCEur 1992\3598) [artículo 10.1], y Convenio OIT del 22-6-1982, núm. 158 RAT (18-2-1985), sobre *terminación de la relación laboral por el empleador* [RCL 1985\1548; artículo 5.d)]; STJCE de 8 de noviembre de 1990.

<sup>129</sup> Los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos en un sentido dual; en su *dimensión subjetiva*, imponiéndoles la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada, y en su *dimensión objetiva*, reclamando de ellos que coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los mismos sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos, no presentando el deber de protección dimanante del contenido objetivo de los mismos unos perfiles tan nítidos como para entender que el mismo únicamente puede ser satisfecho, en cada caso, por una sola fórmula correcta de resolución de las específicas controversias, pudiendo solicitarse el amparo del Tribunal Constitucional, no cuando resulten violentados por los particulares, sino por los poderes públicos –incluido el legislador–, como genuinamente sucede cuando no son tutelados por las resoluciones judiciales impugnadas. Vid. Auto del Tribunal Constitucional núm. 333/1997, de 13-10-1997 (RTC 1997\333 AUTO); Auto del Tribunal Constitucional 382/1996, de 18-12-1996 (RTC 1996\382 AUTO), previéndose además, en esta última resolución que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo.

<sup>130</sup> Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.



controversias derivadas de la aplicación de la nueva regulación en materia de permisos de lactancia y reducción de jornada por motivos familiares, no así para este tipo de litigios, y sin embargo, siempre se podrá acudir además de a la vía ordinaria<sup>131</sup>, al procedimiento similar previsto para la protección de **derechos fundamentales**, bien sea alegando el **artículo 14 C.E.**, bien el **artículo 15 C.E.**

De esta forma se solucionaría uno de los efectos perversos provocados por esta regulación. Así, imaginemos dos trabajadoras **A** y **B**. **A** cumple todos los requisitos exigidos para acceder a la prestación, incluido el periodo de carencia, ausentándose del trabajo mientras dure la circunstancia que la motivó, cobrando el 75 % de la base reguladora.<sup>132</sup>

**B** sin embargo, no cumple el periodo de carencia con lo que decide seguir en su puesto de trabajo y no solicitar la suspensión, pero ¿qué empresa se va a arriesgar a mantener a una trabajadora en un puesto de trabajo en el que se ha constatado la existencia de un riesgo para su salud o la del feto? Ninguna, si no quiere contravenir la normativa de prevención de riesgos laborales e incurrir en algún tipo de conducta dolosa o negligente. Resultado, la empresa la enviará a su casa, y como se aplicará el **derecho a la ocupación efectiva** del trabajador/a en función del cual cuando ésta no puede desarrollar su trabajo por causa no imputable a su voluntad tendrá derecho a cobrar el 100 % de su retribución mensual, igual que si estuviese trabajando. Con todo ello, observamos que, paradójicamente, la trabajadora que no cumple todos los requisitos resulta más beneficiada.

No debo concluir este apartado sin mencionar la aplicación de la normativa prevista para baja por incapacidad temporal en los supuestos de **extinción del contrato** durante la misma, así como lo expuesto en relación a una baja de IT en un **contrato de trabajo a tiempo parcial**.

Los **contratos de interinidad** celebrados con desempleados/as para sustituir a trabajadoras que tengan suspendido el contrato por riesgo durante el embarazo dan lugar a una bonificación de 100 % en las cuotas empresariales a la S.S. por todas las contingencias.<sup>133</sup>

## 10 INMEDIATAMENTE DESPUÉS DEL PARTO, ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO

### 10.1 PERMISO RETRIBUIDO PARA EL PADRE POR NACIMIENTO DE HIJO/A (art. 37.3.b) E.T.)

<b>Duración</b>	a) 2 días b) 4 días, si el trabajador necesita desplazarse. <sup>134</sup>
<b>Justificación</b>	Nacimiento de un hijo <sup>135</sup>

<sup>131</sup> No desapareciendo por ello el derecho del interesado a escoger la vía judicial que estime más conveniente para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Vid. STC 31/1996, de 27-2-1996 (RTC 1996\31).

<sup>132</sup> La cual no se corresponde con el 100 % de su remuneración mensual, sino solo con los conceptos retributivos de carácter salarial más la prorata mensual de las pagas extraordinarias anuales, conceptos todos ellos devengados en el mes anterior a la baja.

<sup>133</sup> Cf.r art. 1.a) RD Ley 11/1998, de 4 de septiembre, que regula las bonificaciones de cuotas a la S.S. de los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a trabajadores/as durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento. (BOE núm.213, de 5 de septiembre)

<sup>134</sup> No acotándose el desplazamiento en función de la distancia kilométrica o criterio semejante.

<sup>135</sup> Refiriéndose exclusivamente a los hijos biológicos, es decir, al parto natural, y no a la adopción o acogimiento.



## 10.2 REDUCCIÓN DE JORNADA POR NEONATOS PREMATUROS U HOSPITALIZADOS (art. 37.4.bis) E.T.)

<b>Duración / Salario</b>	a) reducción de <b>1 hora</b> .....no reducción del salario b) reducción de <b>2 horas</b> ... <b>disminución proporcional del salario.</b>
<b>Beneficiarios</b>	<b>Padre</b> o madre, no exigiendo en este caso la Ley que los dos trabajen para posibilitar su disfrute al padre.
<b>Justificación</b>	a) Nacimiento de hijos <b>prematuros</b> que deban permanecer hospitalizados b) Hijos recién nacidos que <b>por cualquier causa</b> deban permanecer hospitalizados.
<b>Régimen jurídico</b>	a) El trabajador/a determinará su <b>concreción horaria y periodo de disfrute</b> , resolviéndose las posibles discrepancias con el empresario/a por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 138.bis de la Ley de Procedimiento Laboral. b) El trabajador/a debe <b>preavisar</b> al empresario/a con <b>15 días</b> de antelación la fecha de su reincorporación a su jornada ordinaria. c) El empresario/a puede contratar <b>interinos/as a tiempo parcial</b> para cubrir la jornada vacante. <sup>136</sup>
<b>Subsidio de maternidad</b>	a) El padre o madre que disfrute del subsidio podrá pedir su <b>interrupción</b> <sup>137</sup> , siempre que lo hagan una vez agotado el descanso obligatorio de 6 semanas posteriores al parto, reanudándose cuando al menor lo den de alta en el hospital, por el periodo restante. <sup>138</sup> b) Si en estos casos, durante la percepción del subsidio de maternidad se <b>extingue el contrato</b> del beneficiario/a o se produce el <b>cese de la actividad</b> , no puede interrumpirse dicho subsidio, es decir, no podrá hacerse uso del derecho previsto en este apartado, aún cuando acaezca el supuesto de hecho a lo fundamenta. <sup>139</sup>

## 10.3 SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y POTENCIAL DEVENGO DEL SUBSIDIO

### 10.3.1 MATERNIDAD BIOLÓGICA Y LA ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO

#### 1.10.3.1.1 Suspensión del contrato de trabajo<sup>140</sup> (arts. 45.1.d), 45.2, 48.4 E.T.)<sup>141</sup>

<sup>136</sup> Cfr. Art. 5.2.b) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el art. 15 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de contratos de duración determinada.

<sup>137</sup> Aunque la Ley no lo determine expresamente, debemos entender que la interrupción del abono del subsidio de maternidad/paternidad irá acompañada de la de la suspensión del contrato por descanso de maternidad.

<sup>138</sup> Vid. Art. 7.4 del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, sobre prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo, el cual indica que el periodo restante, en el caso de no anticipar su disfrute con anterioridad al parto, será de 10 semanas o las que procedan en caso de parto múltiple. Parece ser la voluntad de la Ley excluir la posibilidad de acceder a este derecho cuando el neonato deber ser hospitalizado no inmediatamente despues del parto, sino posteriormente, pero durante la baja maternal, al determinar que aunque la hospitalización no se deba a nacimiento prematuro, sino a cualquier otra causa, la hospitalización se debe efectuar “a continuación del parto”.

<sup>139</sup> Vir. Art.7.4 del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, sobre prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo.

<sup>140</sup> Obligados por la Directiva 92/85/CEE.

<sup>141</sup> Cfr. Disposición Adicional 8.1 de la Ley 12/ 2001, de 9 de junio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.



<b>Causas</b>	a) Maternidad biológica ( <b>parto natural</b> ) b) <b>Adopción o acogimiento</b> , preadoptivo o permanente, de <b>menores de 6 años, o mayores de 6 años menores de 18 años con circunstancias especiales</b> como ser discapacitados <sup>142</sup> o inválidos, circunstancias y experiencias personales complejas o provenir del extranjero que dificultan su inserción social y familiar, acreditadas por los servicios sociales competentes.
<b>Efectos</b>	a) El trabajador/a <b>no</b> tiene obligación de <b>trabajar</b> b) La empresa <b>no</b> tiene obligación de <b>remunerar</b> ese periodo de ausencia de su puesto de trabajo. c) El trabajador/a tiene derecho a la <b>reserva del puesto de trabajo</b> y reincorporarse cuando cesa la causa legal de suspensión. d) Su <b>despido</b> durante este periodo es <b>nulo</b> <sup>143</sup> , y su efecto es la inmeditata readmisión del trabajador/a con abono de los <b>salarios dejados de percibir</b> . <sup>144</sup>
<b>Bonificaciones en la cotización a la S.S.</b>	a) En el <b>contrato de interinidad</b> celebrado con desempleados/as para cubrir la jornada vacante... <b>100 % en las cuotas empresariales de la S.S.</b> por todo tipo de contingencias, incluidas las primas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales <sup>145</sup> . b) En el contrato del <b>sustituido/a... 100 % en las cuotas empresariales de la S.S.</b> por todo tipo de contingencias, incluidas las primas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, solo mientras <b>coincida en el tiempo</b> con el mantenimiento del contrato de interinidad mencionado. <sup>146</sup>
<b>Duración</b>	a) <b>Parto....16 semanas</b> ampliables en 2 más por cada hijo a partir del segundo en el caso de parto múltiple. Su disfrute será <b>ininterrumpido</b> <sup>147</sup> , pudiendo la <b>madre</b> anticipar su disfrute <b>con anterioridad al parto</b> , siempre que respete las 6 semanas de descanso obligatorio posteriores al nacimiento del hijo. b) <b>Adopción y acogimiento</b> <sup>148</sup> ..... <b>16 semanas</b> ampliables en 2 más por cada hijo a partir del segundo en el caso de adopción o acogimiento múltiple, <b>iniciándose su cómputo</b> , a elección del trabajador/a a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial que constituye la adopción. La <b>distribución</b> del periodo de suspensión se hará a opción de los interesados <sup>149</sup> , <b>si el madre y padre trabajan</b> , permitiendo su disfrute <b>simultáneo o sucesivo</b> y de forma <b>ininterrumpida</b> .//// <b>Adopción internacional</b> ...cuando los padres deben

<sup>142</sup> Cuando acredite una minusvalía igual o superior al 33 % (art. 2.2 RD 1251/2001, de 16 de noviembre, sobre prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo.

<sup>143</sup> Se trata de un supuesto de Discriminación directa, al vulnerar abiertamente el art. 14 C.E., puesto que el embarazo y la maternidad son estados ligados a un determinado colectivo perfectamente identificable en función del sexo, solo las mujeres pueden ser madres, invirtiéndose la carga de la prueba, de forma que para evitar los efectos del despido nulo la empresa debe probar que éste obedece a causas objetivas, distintas de la consideración del estado de maternidad o paternidad. Previsión ya existente con anterioridad en el Convenio 103 OIT.

<sup>144</sup> Vid. Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad y art. 57 E.T.Cfr. RD Ley 5/2002, de 24 de mayo y arts. 113 y 227 de la Ley de Procedimiento Laboral.

<sup>145</sup> Igualmente si el sustituido/a es un trabajador/a autónomo/a o socios/as trabajadores/as de las sociedades cooperativas.Cfr. art. 1 del RD-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, que regula las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a trabajadores/as durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento.

<sup>146</sup> Cfr. Disposición Adicional 2ª de la Ley 12/ 2001, de 9 de junio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

<sup>147</sup> Salvo cuando se solicite su interrupción por nacimiento de hijos que por ser prematuros o por otra causa deban permanecer hospitalizados.

<sup>148</sup> Preadoptivo o permanente.

<sup>149</sup> A diferencia del parto la mujer no es la titular del derecho de opción para su distribución, sino que son ambos. La regulación es ciertamente confusa; requiere que ambos trabajen para posibilitar la distribución de su disfrute entre los dos, entendiéndose en la práctica sin embargo, que a diferencia de la maternidad biológica, aunque uno de ellos no trabaje, podrá el otro disfrutar del derecho en su integridad, lo cual es lógico al configurarlo como un derecho individual de ambos titulares, y generando además la duda acerca de si uno no trabaja quien es el titular de mejor derecho, si la madre o el padre. Además, la Ley tiene lagunas al no contemplar la realidad social a la que va a ser aplicada, refiriéndose expresamente a un padre y una madre pero hoy en día existen adopciones monoparentales o efectuadas por sujetos del mismo sexo (dos mujeres, dos hombres).

<sup>150</sup> Resolviendo una situación en la que anteriormente a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras los padres se veían obligados a recurrir a su descanso vacacional para posibilitar el desplazamiento y estancia en el país extranjero.





desplazarse al país de origen del adoptado el periodo de suspensión puede iniciarse **hasta 4 semanas antes** de la resolución que constituye la adopción.<sup>150</sup>

**1.10.3.1.2 Subsidio de maternidad (arts. 133 bis, ter, quater, quinquies LGSS; RD 1251/2001, de 16 de noviembre, sobre prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo)**

<b>Contingencia</b>	a) La maternidad biológica b) La adopción o el acogimiento, preadoptivo o permanente <sup>151</sup>
<b>Requisitos</b>	a) <b>Régimen General</b> b) <b>Afiliación y en alta</b> c) Acreditar periodo <b>cotizado de 180 días en los últimos 5 años</b> <sup>152</sup> d) <b>Suspensión contractual</b> prevista en el art. 48.4 E.T.
<b>Cuantía</b>	El <b>100 %</b> de la base reguladora <sup>153</sup>
<b>Duración</b>	La correspondiente a la suspensión contractual que la fundamenta

**1.10.3.1.3 Las bajas por maternidad en Europa**

	SUELDO DURANTE LOS 6 PRIMEROS MESES DE BAJA <sup>154</sup>	SEMANAS TOTALES	SEMANAS CON SALARIO COMPLETO
Suecia	10.000	96	-
Dinamarca	10.556	50	-
Italia	10.096	47	21
Finlandia	8.663	44	-
Reino Unido	4.009	40	-
Irlanda	4.183	18	-
Grecia	2.083	17	4'3
Portugal	7.064	17	17
España	7.692	16	16
Holanda	7.692	16	16
Luxemburgo	2.883	16	-
Austria	7.692	16	16
Francia	7.671	16	16
Bélgica	5.338	15	-
Alemania	6.731	14	14

Dinamarca e Italia son los países europeos en los que se cobran **rentas más altas** durante la baja maternal,

<sup>151</sup> En ambos casos, siempre que fundamenten la suspensión contractual prevista en el art. 48.4 E.T.

<sup>152</sup> En los 5 años inmediatamente anteriores al parto o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial que constituya la adopción.

<sup>153</sup> No siempre coincidente con el 100 % de su retribución, debido a que la base reguladora se calcula en función de la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior (= Remuneración salarial mensual, no incluyendo conceptos extra-salariales + prorata mensual de pagas extras).

<sup>154</sup> Ingresos totales en euros sobre un salario base anual de 25.000 euros. Fuente: Mercer Human Resource.



y las más bajas, en Grecia, Luxemburgo y el Reino Unido<sup>155</sup>. Desde el punto de vista de su **duración**, Suecia es la más avanzada, con bajas de 96 semanas, y Alemania el que menos con 14 semanas.<sup>156</sup>

No existe relación entre la duración de la baja maternal y la renta reconocida durante la misma. Así, en España se remunera con el 100 % del salario pero solo durante 16 semanas, colocando al Estado español en el octavo puesto europeo. Es cierto que en algunas empresas española se adoptan medidas que exceden los mínimos legales, mejorando la flexibilidad laboral, lo cual es sintomático de la creciente incorporación de la mujer al mercado de trabajo y el interés de las empresas por mantenerlas.

VODAFONE	Aumento de 2 semanas de la baja maternal y ampliación del permiso de lactancia y baja paternal
INDRA	Si la base de cotización supera el tope máximo <sup>157</sup> , complementa el subsidio
TELEFÓNICA	Facilita la concesión de bajas paternas y reducciones de jornada a los padres
CAJA MADRID	Se puede sustituir el permiso o reducción de jornada de lactancia por un descanso de 10 días naturales a continuación de la baja
COPREDIJE (PYME) <sup>158</sup>	Flexibilidad horaria a trabajadores/as con cargas familiares

A pesar de estas medidas, lo mismo que sucede en nuestra Comunidad Autónoma como veremos más adelante, su disfrute se efectúa casi exclusivamente por mujeres: de las 83 bajas maternas en el año 2002 en Indra, sólo 3 fueron utilizadas por hombres.<sup>159</sup>

### 10.3.2 PATERNIDAD

#### 1.10.3.2.1 Suspensión del contrato(art. 48.4 E.T.)

<b>Requisito</b>	Que el <b>padre y madre trabajen</b> . <sup>160</sup>
<b>Duración</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) <b>Fallecimiento de la madre</b>...el padre es el titular del derecho y podrá disfrutar de <b>todo</b> el periodo o el pendiente por agotar.</li> <li>b) <b>Máximo = 10 semanas</b>, siendo la titular la madre y debiendo de optar por esta posibilidad ella al inicio del descanso por maternidad. El padre podrá disfrutarlas <b>simultánea</b><sup>161</sup> <b>o sucesivamente</b> a la madre.</li> </ul>
<b>Revocación de la opción a favor del padre</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Si la reincorporación de la madre al trabajo supone un <b>riesgo para su salud</b>.</li> <li>b) Por <b>situaciones</b> como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras causas análogas.<sup>162</sup></li> </ul>

<sup>155</sup> En Estados Unidos las bajas son de 12 semanas pero sin remunerar en empresas de más de 50 trabajadores/as, salvo que existan leyes federales más beneficiosas que reconozcan algún beneficio.

<sup>156</sup> Singapur solo reconoce 8 semanas de baja maternal.

<sup>157</sup> 2.652 euros mensuales, a tenor de la Ley de Presupuestos Generales para el 2003.

<sup>158</sup> Empresa dedicada a la coordinación de la seguridad y salud en obra.

<sup>159</sup> Mateos Montserrat, “Expansión & Empleo”, 18 y 19 de enero de 2003, pág. 4.

<sup>160</sup> Actualmente, esta exigencia no es muy coherente con los últimos cambios normativos que permiten el disfrute simultáneo de ambos del derecho, y no necesariamente sucesivo, como en épocas anteriores, siendo más realistas con el objetivo de la conciliación, puesto que aunque la mujer no trabaje no por ello se debe eximir al varón de sus responsabilidades familiares, o visto de otra forma, del derecho de disfrutar igualmente y simultáneamente del cuidado del niño/a durante sus primeras semanas de vida.

<sup>161</sup> En caso de disfrute simultáneo, los periodos disfrutados por padre y madre no podrán exceder del máximo legal (16 semanas o las que correspondan por parto múltiple).

<sup>162</sup> Vid. Art. 8 del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, sobre prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo.



**I.10.3.2 Subsidio**

**10.3.3 MATERNIDAD/PATERNIDAD A TIEMPO PARCIAL**

**I.10.3.3.1 Suspensión del contrato (art. 48.4 E.T.)**

??	El descanso por <b>maternidad, adopción o acogimiento</b> podrá disfrutarse a <b>tiempo parcial</b> .
??	<b>Régimen jurídico</b> ...regulado por el E.T., pudiendo ser mejorada esta regulación mínima por negociación colectiva.
??	Necesario <b>acuerdo previo</b> entre empresa y trabajador/a afectado/a, debiendo disfrutarse así de forma ininterrumpida, salvo nuevo acuerdo que sólo será válido a iniciativa del trabajador/a y por razones de salud del mismo/a o del menor.
??	<b>Duración</b> ....las 6 semanas de descanso obligatorio para la madre posteriores al parto <sup>163</sup> deben disfrutarse a tiempo completo, durante el resto del tiempo podrá disfrutarse de la maternidad a tiempo parcial. El <b>padre</b> puede disfrutar de este derecho de forma simultánea <sup>164</sup> o sucesivamente a la madre. La duración del descanso maternal se <b>ampliara proporcionalmente a la jornada de trabajo</b> realizada, retrasando así la fecha de reincorporación del trabajador/a a la empresa.
??	A pesar de dedicar solo parte de la jornada diaria a trabajar, <b>no</b> se aplicarán las reglas del <b>trabajo a tiempo parcial</b> .
??	El trabajador/a <b>no</b> podrá realizar <b>horas extraordinarias</b> , salvo por fuerza mayor.
??	<b>Contrato de interinidad</b> ...se podrá celebrar con quien se contrate para cubrir la jornada vacante. <sup>165</sup>
??	<b>Incompatibilidades</b> .....su disfrute será incompatible con: a) reducción de jornada por lactancia b) reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros o que por otra causa deban permanecer hospitalizados c) reducción de jornada por guarda legal d) excedencia para cuidado de familiares

**I.10.3.3.2 Subsidio**

**10.3.4 SUBSIDIO ESPECIAL POR PARTO O ADOCIÓN MÚLTIPLE<sup>166</sup>**

<b>Causas</b>	Parto múltiple o adopción o acogimiento de más de un menor de forma simultánea.....reconocimiento de un subsidio especial <b>por cada hijo a partir del segundo</b>
<b>Cuantía</b>	A diferencia del subsidio de maternidad, no se abona de forma diferida sino mediante una cantidad <b>a tanto alzado</b> , equivalente a 6 semanas de subsidio de maternidad.
<b>Abono</b>	Se abonará de una sola vez, una vez finalizado el periodo de descanso obligatorio (las 6 semanas posteriores al parto o a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o la resolución que constituya la adopción).

<sup>163</sup> No siendo exigibles en la adopción o acogimiento.

<sup>164</sup> Incluso durante las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto.

<sup>165</sup> Cfr. Art. 5.2.b) RD 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el art. 15 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de contratos de duración determinada; Disposición Final 1ª del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, sobre prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo.

<sup>166</sup> Vid. art. 3.2 RD 1251/2001, de 16 de noviembre, sobre prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo.



### 10.3.5 EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y DESEMPLEO<sup>167</sup>

Cuando estando la trabajadora en situación de baja por maternidad, cobrando el correspondiente subsidio y durante la misma se extingue el contrato, seguirá cobrando el subsidio de maternidad hasta que desaparezca la contingencia que lo motiva, pasando después si procede a cobrar la prestación contributiva de desempleo. En este caso, a diferencia de lo que sucede con la situación de I.T., no se le descontará al periodo reconocido para la prestación por desempleo el lapso de tiempo en que ha permanecido de baja por maternidad más allá de la extinción del contrato, y cobrando el mencionado subsidio.

## 11 TRAS AGOTAR LA BAJA POR MATERNIDAD/PATERNIDAD

### 11.1 REDUCCIÓN DE JORNADA POR LACTANCIA (Art.37.4 E.T.)

<b>Duración</b>	a) <b>1 hora</b> de ausencia del trabajo, se puede dividir en dos fracciones b) La madre si así lo desea, puede sustituir este derecho por una reducción de jornada en <b>½ hora</b> con la misma finalidad.
<b>Justificación</b>	Para lactancia de un hijo <b>menor de 9 meses</b> , y como la Ley no especifica, se entiende comprendida tanto la lactancia natural como la artificial.
<b>Madre o “padre”</b>	Para poder disfrutar de este derecho el padre será necesario que ambos, <b>padre y madre trabajen</b> .
<b>Régimen jurídico</b>	d) El trabajador/a determinará su <b>concreción horaria</b> y <b>periodo de disfrute</b> , resolviéndose las posibles discrepancias con el empresario/a por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 138.bis de la Ley de Procedimiento Laboral. e) El trabajador/a debe <b>preavisar</b> al empresario/a con <b>15 días</b> de antelación la fecha de su reincorporación a su jornada ordinaria. f) El <b>despido</b> del trabajador/a durante el disfrute de este derecho será calificado como <b>nulo</b> . <sup>168</sup>

### 11.2 EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS (Art. 46.3.1 E.T.)

<b>Duración</b>	Máximo = 3 años, a contar desde la fecha del nacimiento <sup>169</sup> o de la resolución judicial o administrativa que determina la adopción o el acogimiento <sup>170</sup> .
<b>Justificación</b>	Para el cuidado de <b>hijos biológicos o adoptivos</b> o en el supuesto de <b>acogimiento</b> .
<b>Régimen jurídico</b>	a) Es un <b>derecho individual</b> de los trabajadores/as. No obstante, si dos o más trabajadores/as de la misma empresa generan este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario/a puede limitar su ejercicio <b>simultáneo</b> por razones

<sup>167</sup> Vid. art. 222.2 LGSS.

<sup>168</sup> Art. 55.5 E.T.

<sup>169</sup> Por lo tanto, en el caso de hijos biológicos, solo se permite su disfrute para cuidar hijos menores de 3 años, o hasta que cumplan esta edad.

<sup>170</sup> En este caso, no se requiere el límite de edad de los 3 años, ya que la adopción puede producirse una vez superada la misma.



	<p>justificadas de funcionamiento de la empresa.</p> <p>b) Cuando <b>un nuevo sujeto causante</b> diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.<sup>171</sup></p> <p>c) El periodo de excedencia se computa a efectos de <b>antigüedad</b>, y durante el mismo el trabajador/a tiene derecho a asistir a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario/a especialmente con ocasión de su reincorporación.</p> <p>d) <b>Reserva del puesto de trabajo</b> ...Durante el 1º año, derecho a que se le reserve su mismo puesto de trabajo, después, a uno del mismo grupo profesional o categoría equivalente.<sup>172</sup></p> <p>e) <b>Enumeración no exhaustiva</b>. La negociación colectiva podrá prever supuestos diferentes<sup>173</sup>, con régimen y efectos diversos para que los trabajadores/as puedan disfrutar de una excedencia.</p>
--	--

## VI MEDIDAS DE APOYO; INCENTIVACION DEL EMPLEO

### 12 Incentivos sociales y contractuales

#### 12.1 Autonómicos

##### 12.1.1 *Ayudas a las contrataciones temporales derivadas de la reducción, liberación o adaptación de la jornada laboral utilizando las figuras previstas por el Estatuto de los Trabajadores/as en los pactos individuales o colectivos*<sup>174</sup>

Dirigidas a la celebración de **contratos de interinidad**.

<b>Excedencia cuidado hijos (maternidad, adopción, art. 46.3 ET)</b>	<p>a) Empresa.... duración máxima de 3 años</p> <p>b) trabajador/a...1.000.000 ptas. si excedencia es por máximo legal de 3 años. Proporcional si es inferior.</p>
<b>Guarda legal menores 6 años o disminuidos (art. 37 ET)</b>	<p>a) empresa...50 % bonificación SIGUIENTES contingencias comunes. Máximo de 3 años</p> <p>b) trabajador/a: *si la Reducción de jornada dura 3 o más años:</p>

<sup>171</sup> Por ejemplo, se está disfrutando de una excedencia para cuidar a la madre, y se quiere solicitar ahora una nueva excedencia para cuidad al padre (2º sujeto causante).

<sup>172</sup> Cfr. Art. 4 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

<sup>173</sup> Por ejemplo, para el cuidado de personas que no guardan esa relación de parentesco (parejas de hecho, amigos...)

<sup>174</sup> Decreto 232/1996, de 1 de octubre (BOPV 18-10-96) ; O. 6-04-2000 (BOPV 2-05-00)



	-750.000 ptas si es a ½ jornada -500.000 ptas si es a 1/3 jornada *si es < 3 años.... será proporcional
<b>Reducción de jornada para cuidado de mayores de 65 años (necesario acuerdo individual)</b>	Empresa...50 % bonificación S.S. conting. comunes (máximo 3 años)

**12.1.2 Ayudas a la contratación de personas pertenecientes a colectivos especialmente desfavorecidos<sup>175</sup>**

<b>Mujeres con responsabilidades familiares</b>	que tengan a su cargo cónyuge, parientes consanguíneos, afines o adopción hasta 3º grado inclusive, con ingresos de la unidad familiar no superiores a 90.000 ptas brutas/mes
---	---

**12.1.3 Ayudas a la conversión en indefinidos de los contratos referidos en los apartados anteriores<sup>176</sup>**

La duración es de 6 meses máximo, si coincide la conversión con la fecha de extinción de la ayuda inicial, si la conversión se produce en tiempo anterior, la duración será de 6 meses, más el tiempo pendiente para la extinción de la 1ª ayuda.

**12.2 Estatales**

**12.2.1 Programa de fomento del empleo para el año 2003<sup>177</sup>**

Se prevé la posibilidad de acogerse a **bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes** las empresas que contraten a mujeres encuadradas en los **colectivos** siguientes:

a) Desempleadas, <b>entre 16 y 45 años</b>
b) Desempleadas contratadas para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con <b>menor índice de empleo femenino</b>
c) <b>Desempleadas</b> inscritas ininterrumpidamente en la oficina de empleo <b>durante 6 o más meses</b>
d) Desempleadas admitidas en el programa relativo a la concesión de la ayuda específica denominada <b>renta activa de inserción</b> .
e) Desempleadas inscritas en la oficina de empleo que son <b>contratadas en los 24 meses siguientes a la fecha del parto</b>
f) Desempleadas en situación de <b>exclusión social<sup>178</sup></b> , siempre que la empresa que las contrate

<sup>175</sup> Decreto 232/1996, de 1 de octubre (BOPV 18-10-96) ; O. 6-04-2000 (BOPV 2-5-00)

<sup>176</sup> Decreto 232/1996, de 1 de octubre (BOPV 18-10-96) ; O. 6-04-2000 (BOPV 2-5-00)

<sup>177</sup> Vid. art. 47 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

<sup>178</sup> Situación acreditada por los servicios sociales competentes en función de su inclusión en los siguientes colectivos, entre otros: beneficiarias de rentas mínimas de inserción o prestaciones de similar naturaleza en las correspondientes Comunidades Autónomas, o cuando no pueden acceder a las mismas por agotamiento del periodo máximo de disfrute o por incumplimiento del requisito de residencia o empadronamiento.



carezca de ánimo de lucro y las contrate con carácter indefinido o temporal.

- g) Contratación de mujeres que tengan acreditada por la Administración competente la condición de **víctima de violencia doméstica** por parte de algún miembro de la unidad familiar de convivencia.

**Incentivos = bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes en la siguiente cuantía:**

<b>25 %</b> durante los primeros 24 meses de vigencia del contrato	contratación de desempleadas <b>entre 16 y 45 años</b>
?? <b>70 %</b> ...1º año de vigencia del contrato ?? <b>60 %</b> ...2º año de vigencia del contrato	contratación de mujeres en profesiones u oficios en los que están <b>sub-representadas</b> <sup>179</sup> que reúnan alguno de estos requisitos: ?? inscripción como desempleadas en la oficina de empleo durante un mínimo de 6 meses ?? o ser mayores de 45 años <sup>180</sup>
<b>20 %</b> ...los primeros 24 meses de vigencia del contrato	Desempleadas inscritas en el INEM ininterrumpidamente durante un periodo mínimo de 6 meses.
<b>65 %</b> ...primeros 24 meses	Contratación de trabajadoras incluidas en el programa de <b>renta activa de inserción</b> , y durante el resto de vigencia del contrato: ?? <b>45 %</b> ....si son mayores de 45 años hasta los 55 años ?? <b>50 %</b> ...si son mayores de 55 años hasta los 65 años
<b>100 %</b> ....durante los 12 primeros meses del contrato	Contratación de desempleadas inscritas en el INEM contratadas en los <b>24 meses siguientes a la fecha del parto</b> .
<b>65 %</b> ...durante un máximo de 24 meses <sup>181</sup>	Contratación de <b>víctimas de la violencia doméstica</b> .

**12.2.2 Protección por desempleo; Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad**

En esta disposición normativa se adoptan determinadas **medidas de acción positiva** que inciden directamente en la cuestión objeto de comentario en el presente documento, así:

- a) Se amplía el colectivo beneficiado por el **Programa de renta activa de inserción para el 2002**, incluyendo a **víctimas de la violencia doméstica**.<sup>182</sup>
- b) Se incluye como principal novedad un nuevo criterio de determinación de la **idoneidad de la oferta de trabajo que el INEM** dirige a los trabajadores/as, cual es la conciliación de su vida familiar y laboral<sup>183</sup>

<sup>179</sup> Vid. Orden Ministerial de 16 de septiembre de 1998, para el fomento estable de mujeres en las profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo femenino.

<sup>180</sup> Si no reúnen alguno de estos requisitos la bonificación es del **35 %** durante los primeros 24 meses de vigencia del contrato.

<sup>181</sup> Cuando la trabajadora celebre varios contratos de trabajo con la misma o diferente empresa el periodo máximo de 24 meses se computará a partir de la fecha de celebración del primer contrato.

<sup>182</sup> Cfr. Disposición Adicional 1ª Ley 45/2002.

<sup>183</sup> Vid. art. 1.11 Ley 45/2002.



### 12.3 Europeos<sup>184</sup>

“**EMPLEO-NOW**”....Su objetivo es impulsar la igualdad de oportunidades para las mujeres en el mercado de trabajo, fomentar su acceso al empleo en sectores de crecimiento, garantizar su desarrollo profesional en los sectores donde están mayoritariamente representadas.

## VII MARCO AUTONÓMICO

### 13 Normativa autonómica

#### 13.1 Plan de ayuda para las familias numerosas

No disponemos en nuestra Comunidad Autónoma de medidas como las reconocidas en el resto del Estado para reconocer a las madres trabajadoras una ayuda económica de 900 euros hasta que sus hijos cumplan la edad de 3 años. Sin embargo, ya existe una iniciativa planteada en el Territorio Histórico de Gipuzkoa, por el grupo foral de socialistas guipuzcoanos para implantar en el mismo una ayuda similar si bien más progresista, en el sentido de reivindicar la extensión de su reconocimiento a las madres que desempeñan el trabajo no remunerado, o funciones reproductivas que no cotizan en el mercado laboral, además de incrementar su cuantía a 1500 euros anuales, elevando la fecha de la extinción al reconocerla mientras el hijo/a no cumpla la edad de 5 años.

Sí disponemos sin embargo, del Plan Interinstitucional de Apoyo a Familias con 3 o más hijos/as, consideradas como familias numerosas, cuyo objetivo, junto con la articulación de medidas que permitan conciliar la vida familiar y laborar de carácter general, es permitir que si así se desea voluntariamente las parejas vascas no deban renunciar a tener 3 o más hijos/as debido a problemas económicos o laborales, asumiéndose en el Plan el carácter necesario de las políticas que inciden de forma estructural en la cuestión abordando variables básicas como son las guarderías, flexibilización y reducciones de jornadas laborales, incentivación de excedencias temporales para padres o madres, ayudas económicas directas o indirectas de carácter fiscal así como en materia de vivienda, educación, transportes, o de Seguridad Social<sup>185</sup>.

#### 13.2 Decreto 177/2002, de 16 de julio, por el que se regulan las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar

<b>Fundamentación jurídica</b>	Situaciones previstas en una disposición legal, el contrato individual o convenio colectivo
<b>Situaciones</b>	a) <b>Excedencia para el cuidado de cada hijo</b> <sup>186</sup> b) <b>Reducción de jornada de trabajo</b> de entre al menos un tercio un máximo de la mitad de la duración de aquella, para cuidar un hijo menor de 6 años o mayor

<sup>184</sup> Vid. también Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

<sup>185</sup> Vid. Ley 26/90, de 20 de diciembre, desarrollada por RD 356/91 de 15 de marzo y los arts. 180-190 LGSS; RDL 1/2000 de 14 de enero, desarrollado por RD 1368/2000 de 19 de julio.

<sup>186</sup> Tal y como se regula la duración debemos entender que no necesariamente menores de 3 años





	de esta edad con una minusvalía de porcentaje igual o superior al 33 %
<b>Duración</b>	a) <b>Excedencia</b> ...máximo = <b>3 años</b> , a contar desde la finalización de la licencia, permiso u otro derecho similar reconocido como consecuencia del nacimiento o la adopción b) <b>Reducción de jornada</b> ...hasta que el hijo cumpla los 6 años o mientras padezca una minusvalía de porcentaje igual o superior al 33 %.
<b>Destinatarios</b>	a) Los <b>trabajadores/as</b> que disfruten de estos derechos, si son trabajadores/as <b>por cuenta ajena</b> y los <b>socios/as de las sociedades cooperativas</b> . b) Las <b>empresas</b> que contraten a desempleados/as inscritos/as en el INEM, total o parcialmente, para sustituir a aquellos/as trabajadores/as que se encuentran disfrutando de los mencionados derechos, cuando presten sus servicios en centros de trabajo situados en la Comunidad Autónoma de País Vasco. ( <b>contrato de interinidad</b> )

### AYUDAS ECONÓMICAS:

<b>Excedencia</b>	a) trabajadora <b>mujer</b> ...2.400 € anuales b) trabajador <b>hombre</b> ...3.000 € anuales
-------------------	--

<b>Reducción de jornada &gt; 45 % &lt; 50 %</b>	a) 1.800 € anuales ...si trabajador/a = mujer b) 2.400 € anuales ...si trabajador/a = hombre
<b>Reducción de jornada &gt;40%&lt;45%</b>	a) 1.575 € anuales....trabajador/a = mujer b) 2.100 € anuales ...trabajador/a = hombre
<b>Reducción de jornada &gt;33% &lt;40%</b>	a) 1.350 € anuales....trabajador/a=mujer b) 1.800 € anuales ....trabajador/a = hombre

Estas cuantías **se reducirán proporcionalmente** cuando el beneficiario de la reducción estuviese contratado a tiempo parcial o la excedencia o Reducción de jornada se disfruten por periodos inferiores al año.

Los **contratos de interinidad** celebrados con trabajadores/as desempleados/as inscritos en el INEM para cubrir las jornadas vacantes serán bonificados hasta el **100 % de la cotización empresarial a la S.S. por contingencias comunes**, en cuantía equivalente a la diferencia no subvencionada por la Administración Central.

## **14 Análisis comparado de programas de acción foral en los tres Territorios Históricos<sup>187</sup>**

### 14.1 Bizkaia

Son 3 los **programas** emprendidos por el Departamento de Acción Social de la Diputación que inciden como medidas de acción positiva en la conciliación de la vida familiar y profesional.

<b>a) Ayudas económicas para familias numerosas</b>
---

<sup>187</sup> Vid. también Orden Foral 82/2001, de 5 de julio, de la Consejera de Industria y Tecnología, Comercio, Turismo y Trabajo por la que se regulan las ayudas para favorecer la inserción laboral de las mujeres y la conciliación de la vida laboral y familiar. (BON nº 89, de 23-07-01).



b) Servicio de Ayuda a Domicilio (**S.A.D.**)

c) **Subvenciones** en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y **políticas de género**

Por su relevancia, me detendré fundamentalmente en el último apartado, relativo a la puesta en marcha del **Plan Foral de Bizkaia para la igualdad de hombres y mujeres**, cuyo antecedente lo encontramos en el de Araba, que procederé a exponer más adelante

Parte de la preocupación manifestada explícitamente en el mismo por el hecho de que la *"situación laboral de las mujeres de Bizkaia muestre divergencias en relación a la tasa de actividad y el índice de ocupación respecto al conjunto de la CAPV"*.<sup>188</sup>

**Objetivo General**... "impulsar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres desde 2 estrategias:

- a) la **transversalidad**, incorporando la igualdad de oportunidades en todas las políticas y acciones
- b) y mediante las **medidas de acción positiva**

#### **Objetivo específico**

a) "Contribuir al desarrollo de la **corresponsabilidad** entre hombres y mujeres **en el ámbito doméstico**" mediante:

- ?? subvenciones<sup>189</sup>
- ?? folletos de difusión de información
- ?? desarrollo de campañas de sensibilización y también en campamentos de verano y campos de trabajo con actividades destinadas a jóvenes
- ?? desarrollando programas dirigidos a la población adulta para desarrollar la corresponsabilidad en los cuidados a personas dependientes (menores, mayores de edad incapacitados, discapacitados) con las siguientes actividades: talleres de corresponsabilidad, programas respiro para mujeres cuidadoras, talleres para fomentar la autonomía de los hombres mayores dependientes.....

b) "Potenciar la creación, ampliación y/o mejora de los **recursos socio-comunitarios** que faciliten la conciliación de las responsabilidades familiares y socio profesionales" mediante las siguientes acciones:

- ?? **estudios**
- ?? **subvenciones** para guarderías, comedores escolares y comunitarios, ludotecas, etc.... para atender las dificultades de **mujeres solas y/o con cargas familiares**, sobre todo si son receptoras de prestaciones
- ?? favoreciendo el desarrollo de **servicios de compañía**, impulsando la implicación de los hombres en el desarrollo de este tipo de trabajo voluntario
- ?? Mejorar la oferta de apoyo a las familias y personas dependientes mediante el desarrollo de Servicios de Proximidad dirigidos al mantenimiento de las personas en su domicilio.

c) "Intensificar el apoyo a las mujeres en las Áreas de **promoción económica, formación y empleo**" mediante las siguientes acciones:

- ?? incrementando programas de ayudas económicas y exenciones fiscales para la **contratación de mujeres** e iniciativas empresariales promovidas por mujeres, especialmente para aumentar jornadas parciales indefinidas y posibilitar experiencias prácticas y contratos laborales temporales a mujeres mayores de 40 años

<sup>188</sup> Bizkaia, un 39'9 % y 26'5 % respectivamente. En la CAPV, un 41'2% y un 28'2%.

<sup>189</sup> Vid. D.F. nº 196/2002, de 10 de diciembre, para Ayuntamientos y Mancomunidades de Municipios de Bizkaia; D.F. nº 195/2002, de 10 de diciembre, para Asociaciones de mujeres y otras entidades sin ánimo de lucro.



- ?? impulsar la **titularidad** de las mujeres en las **explotaciones agrarias y ganaderas**
- ?? impulsar la participación de la mujer en proyectos relacionados con la **sociedad de la información**
- ?? favorecer a las mujeres **empresarias vascas**
- ?? apoyar a las **empresas** con proyectos para promover la igualdad de oportunidades<sup>190</sup>
- ?? \*\*\* potenciar las ayudas económicas para conciliar **duraciones y distribuciones de jornadas laborales** con responsabilidades familiares, así como potenciar las ayudas económicas para conciliar subsidios y empleos.....<sup>191</sup>

**Vigencia...** inicialmente para el periodo 2000-2003, pero con posibilidad de prórroga. Sigue las directrices del III Plan de Acción Positiva para las mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi, elaborado por Emakunde.

## 14.2 Gipuzkoa

Como ya he mencionado en reiteradas ocasiones, por mucho que se garantice la igualdad formal, sin la igualdad material que elimine las desigualdades estructurales, con los cambios de roles sociales de las mujeres y hombres será inviable garantizar el objetivo de la conciliación de la vida familiar y profesional logrando que los hombres se corresponsabilicen en ambas funciones. Siendo conscientes de que no es suficiente reconocer a ambos, hombres y mujeres como titulares de los derechos de conciliación. Es necesario que además las instituciones se impliquen en la consecución de dicho objetivo mediante dotaciones presupuestarias que faciliten como en el caso de Gipuzkoa, el cuidado de familiares de edad avanzada.

Así, a través de Gizartekintza (Servicios Sociales), han desarrollado un Plan Gerontológico, cuyo objetivo es "el mantenimiento en el hogar de los mayores favoreciendo su calidad de vida", articulando las siguientes medidas:

- |  |
|--|
| a) <b>Centros de día</b> .....duplicando las plazas  |
| b) <b>Ayuda a domicilio</b> ...con un incremento anual de un 10 % (de 3592 a 5358)   |
| c) Incremento de las <b>rentas más bajas</b>   |
| d) <b>Telealarmas</b> (de 1690 a 4000)   |
| e) <b>Programa Respiro</b> .....incremento anual de un 15 % <sup>192</sup>   |
| f) Gran desarrollo de las <b>ayudas técnicas</b>   |
| g) Para conseguir la permanencia <b>en su domicilio</b> : <ul style="list-style-type: none"><li>?? se refuerzan los servicios de base</li><li>?? a poyo a la red natural de atención</li><li>?? atención en el domicilio</li><li>?? fomento del voluntariado</li></ul> |
| h) Programa <b>SENDIAN</b> de apoyo a cuidadores   |

### **\*PROGRAMA SENDIAN:**<sup>193</sup>

<sup>190</sup> Igualmente se crea la RED PAREKATUZ formada por entidades socio-económicas de Bizkaia que deseen implicarse en las preocupaciones sociales a favor de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres a través de Comisiones Temáticas de Trabajo.

<sup>191</sup> Reproducción literal del Informe "Datos sobre la situación de las mujeres y hombres en Bizkaia en el 2001".

<sup>192</sup> Pasando de 450 estancias al año a 788

<sup>193</sup> Vid. Decreto Foral 72/2000, de 18 de julio (BOG., nº 42, de 27-07-00) por el que se aprueba el programa de apoyo a familias con personas mayores dependientes a su cargo.



- |   |
|---|
| a) <b>Objetivo</b> ....."apoyar a las familias para el mantenimiento de las personas mayores en su domicilio a través de acciones de formación o apoyo psicológico a las familias, ayudas técnicas, económicas, etc..... así como estancias de respiro en centros de día y residencias temporales"                    |
| b) " <b>Familias beneficiarias</b> " ....." <i>excepcionalmente, y previo informe de los Servicios Sociales de Base, podrán acceder al programa las familias que sin convivir con la persona mayor dependiente, presten apoyo de forma manifiesta y posibiliten el mantenimiento de ésta en su entorno habitual</i> " |
| c) <b>Medidas:</b><br>?? atención residencial durante los fines de semana<br>?? atención diurna durante los fines de semana<br>?? ayudas económicas "no computables para el reconocimiento de otras prestaciones económicas".   |
| d) <b>Requerimientos</b> para la familia que lo solicita:<br>?? residir en el Municipio que suscriba el protocolo de actuación<br>?? residir en el Territorio Histórico de Gipuzkoa con una antigüedad de 2 años  |
| e) <b>Subvenciones</b>  |

### 14.3 Araba

En este Territorio Histórico es de destacar el **I PLAN FORAL PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN ALAVA**<sup>194</sup>, que obedece a la necesidad de paliar una situación de hecho reflejada expresamente en el propio plan. Así, la existencia de un 12 % de **familias** monoparentales de las que un 83 % son mujeres con menores a su cargo. Más de la mitad de los hogares unipersonales los integran mujeres generalmente viudas mayores de 65 años, en zona rural.

En el mercado de trabajo se constatan las siguientes **desigualdades**:

- |   |
|---|
| a) <b>tasa de paro</b> ....21'8 % (mujeres) 70 % (hombres)  |
| b) <b>salarios</b> .....los de las mujeres son un 21'6 % inferiores a los de los hombres  |
| c) <b>Sector Servicios</b> ....el 80 % son mujeres, siendo el sector donde se registran mayor número de parados por ser donde han desaparecido mayor número de puestos de trabajo |

La **distribución de la jornada** por sexos también nos ayuda a entender la menor presencia institucional de la mujer en ámbitos decisorios:

- |  |
|--|
| a) <b>Trabajo doméstico y cuidado de personas</b> ...4'22 horas (mujeres) , 1'12 horas (hombres) |
| b) <b>Ocio y deporte</b> .....3'53 horas (mujeres), 4'33 horas (hombres)                         |

Su vigencia es para el periodo 1999-2000, pero susceptible de prórroga por 2 años.

Para la realización de sus objetivos, prevé **medidas** similares a las emprendidas por la Diputación Foral de Bizkaia:

- |   |
|---|
| a) difusión de <b>información</b>               |
| b) fomento del <b>asociacionismo de mujeres</b> |

<sup>194</sup> Cfr. B.O.A. (07-05-99)



- c) contribuir al desarrollo de la **corresponsabilidad** entre hombres y mujeres en el ámbito doméstico con: subvenciones, información, sensibilización....

Este Plan se diferencia cualitativamente del de la Diputación Foral de Bizkaia, por la inclusión de **fundamentaciones fácticas y jurídicas**, así como por la **delimitación conceptual** de acepciones utilizadas en el mismo, reproduciendo aquí literalmente solo las vinculadas a la cuestión analizada en este documento, además de incluir un adefinición general de lo que se debe entender por medida de acción positiva:

- a) **Barreras invisibles...** *"actitudes resultantes de las expectativas, normas y usos tradicionales que impiden la capacitación de las mujeres para los procesos de toma de decisiones y su plena participación en la sociedad".*
- b) **Conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares ....** *"introducción de sistemas de permiso por razones familiares y de permiso parental, de atención a la infancia y a personas de edad avanzada, y creación de una estructura y organización del entorno laboral que facilite a hombres y mujeres la combinación de responsabilidades profesionales y familiares".*
- c) **Salud reproductiva....** *"situación de bienestar físico, mental y social completo (no limitada a la ausencia de enfermedad o discapacidad) en todo lo relativo a la procreación, sus funciones y procesos".*
- d) **Segregación horizontal.....** *"concentración de mujeres y hombres en sectores y empleo específicos"*  
(**Segregación vertical.....** *"la misma concentración pero en grados o niveles específicos de responsabilidad"*)



## VIII BIBLIOGRAFÍA

GONZALEZ ORTEGA S. Y APARICIO TOVAR J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta, 1996.

GORELLI HERNÁNDEZ J., "Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia" en *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 97, 1999.

GORELLI HERNÁNDEZ J., *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997.

LOUSADA AROCHENA J.F. , "El riesgo durante el embarazo (I)", *Actualidad Laboral*, nº 27, 2001.

LOUSADA AROCHENA J.F. , "El riesgo durante el embarazo (II)", *Actualidad Laboral*, nº 27, 2001.

SEMPERE NAVARRO A.V.; GARCÍA BLASCO J.; CARDENAL CARRO M.; GONZÁLEZ LABRADA M.; *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, 3ª ed., Civitas, 2001.

PÉREZ DEL RÍO T. Y BALLESTER PASTOR A., "Mujer y Salud Laboral", *La Ley-Actualidad*, 2000.

TORRENTE GARI S., *La mujer y la prestación social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.

MTNEZ. DE VIERGOL A., "La naturaleza jurídica de la contingencia correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo", *Revista de Derecho Social*, nº 9, 2000.

CCOO, *La conciliación de la vida familiar y laboral en los convenios colectivos*", Secretaría Confederal de la Mujer, CCOO, 2001.

VVAA (Coord. Cruz Villalón), "La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral", *Aranzadi*, Madrid, 1997.

BALLESTER PASTOR-PONS C., "Maternidad y responsabilidades familiares", en VVAA (Coord. Pérez del Río), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*", Madrid, 1997.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, "La aplicación de la D/92/85/CEE en España", en VVAA (Coord. Cruz Villalón), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*", Aranzadi, Madrid, 1997.

LOUSADA AROCHENA, "Permiso parental y Seguridad Social", *REDT*, nº 83 (1997).

GORELLI HERNÁNDEZ, *La protección por maternidad*, Tirant Monografías, Valencia, 1977.

RODRÍGUEZ PIÑERO M., "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)", *RL*, nº 18 (1999).

GALINDO SÁNCHEZ J., *Conciliación de la vida familiar y laboral*", Derecho Español, 2000.

