



PROTECCIÓN A LA
FAMILIA Y SEGURIDAD
SOCIAL

HACIA UN NUEVO
MODELO DE PROTECCIÓN
SOCIOLABORAL

TOMO I



Asociación Española de Salud y Seguridad Social

PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y SEGURIDAD SOCIAL. HACIA UN NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN SOCIOLABORAL

MIGUEL ÁNGEL	ALMENDROS GONZÁLEZ	ÁNGELA	MARTÍN-POZUELO LÓPEZ
BELÉN	ALONSO-OLEA GARCÍA	ENRIQUE	MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ
JUAN CARLOS	ÁLVAREZ CORTÉS	M ^a DE LOS REYES	MARTÍNEZ BARROSO
HENAR	ÁLVAREZ CUESTA	JESÚS	MARTÍNEZ GIRÓN
FARAH	AMAADACHOU KADDUR	CARLOS JOSÉ	MARTÍNEZ MATEO
CRISTINA	ARAGÓN GÓMEZ	JOSÉ LUIS	MONEREO PÉREZ
MARÍA	ARETA MARTÍNEZ	FERNANDO	MORENO DE VEGA Y LOMO
FRANCISCO JAVIER	ARRIETA IDIAKEZ	FRANCISCA	MORENO ROMERO
ALBERTO	ARUFE VARELA	AMANDA	MORENO SOLANA
ANA GLORIA	AZOR OLIVER	PATRICIA	NIETO ROJAS
MÁRIO SILVEIRO DE	BARROS	NATALIA	ORDÓÑEZ PASCUA
FÁBIO TÚLIO	BARROSO	POMPEYO GABRIEL	ORTEGA LOZANO
MIGUEL	BASTERRA HERNÁNDEZ	FRANCISCO MIGUEL	ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE
M ^a ANGUSTIAS	BENITO BENÍTEZ	FULGENCIO	PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS
EVA MARÍA	BLÁZQUEZ AGUDO	M ^a VALVANUZ	PEÑA GARCÍA
SILVIO	BOLOGNA	SALVADOR	PERÁN QUESADA
MARCELO	BORSIO	MARÍA ANTONIA	PÉREZ ALONSO
CARLOS	BRAVO FERNÁNDEZ	ANA ISABEL	PÉREZ CAMPOS
MARIA DEL CARMEN	BURGOS GOYE	DANIEL	PÉREZ DEL PRADO
AURELIA	CARRILLO LOPEZ	MARÍA DEL MAR	PÉREZ HERNÁNDEZ
MARÍA EMILIA	CASAS BAAMONDE	MARÍA CRISTINA	POLO SÁNCHEZ
MARÍA JOSÉ	CERVILLA GARZÓN	RAQUEL	POQUET CATALÁ
PILAR	CHARRO BAENA	FRANCISCO JAVIER	POZO MOREIRA
ÓSCAR	CONTRERAS HERNÁNDEZ	FERNANDO	PUIG-SAMPER MULERO
ROSARIO	CRISTÓBAL RONCERO	RAQUEL YOLANDA	QUINTANILLA NAVARRO
MARÍA ELISA	CUADROS GARRIDO	MARÍA GEMA	QUINTERO LIMA
TERESA	DÍAZ DE TERÁN	ÓSCAR	REQUENA MONTES
JUAN JOSÉ	DÍAZ FRANCO	PILAR	RIVAS VALLEJO
MANUELA	DURÁN BERNARDINO	CLÁUDIO JANOTTI DA	ROCHA
ELISABET	ERRANDONEA ULAZIA	DANIELA DA	ROCHA BRANDÃO
JUAN ANTONIO	FERNÁNDEZ BERNAT	JUAN JOSÉ	RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA
M ^a BELÉN	FERNÁNDEZ COLLADOS	SARAI	RODRÍGUEZ GONZÁLEZ
SILVIA	FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ	GUILLERMO	RODRÍGUEZ INIESTA
FCO. JAVIER	FERNÁNDEZ ORRICO	GUILLERMO E.	RODRÍGUEZ PASTOR
ÁLICIA	FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ	ARÁNZAZU	ROLDÁN MARTÍNEZ
INMACULADA SANDRA	FUMERO DIOS	JOSEFA	ROMERAL HERNÁNDEZ
CARLOS	GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA	JUAN	ROMERO CORONADO
BELÉN	GARCÍA ROMERO	MARÍA JOSÉ	ROMERO RODENAS
JORDI	GARCÍA VIÑA	SARA	RUANO ALBERTOS
JUAN	GARCÍA VIVANCOS	M ^a FUENCISLA	RUBIO VELASCO
FRANCISCO XABIERE	GÓMEZ GARCÍA	CARLOTA M ^a	RUIZ GONZÁLEZ
MIGUEL ÁNGEL	GÓMEZ SALADO	ANA CRISTINA	RUIZ MOSQUERA
JOSÉ ANTONIO	GONZÁLEZ MARTÍNEZ	JOSÉ LUIS	RUIZ SANTAMARÍA
LUIS	GORDO GONZÁLEZ	CARMEN	SALCEDO BELTRÁN
JUAN	GORELLI HERNÁNDEZ	VICTORIA	SÁNCHEZ MÁS
ROCÍO	GUERRERO JAREÑO	NICOLÁS	SÁNCHEZ MORALES
SARA	GUINDO MORALES	CARMEN	SÁNCHEZ TRIGUEROS
BRAIS COLUMBA	IGLESIAS OSORIO	CARLOS JAVIER	SANTOS GARCÍA
ENEAS	ISPIZUA DORNA	CONCEPCIÓN	SANZ SÁEZ
CARMEN	JOVER RAMÍREZ	ELISA	SIERRA HERNÁIZ
DJAMIL TONY	KAHALE CARRILLO	CARMEN	TATAY PUCHADES
BELÉN DEL MAR	LÓPEZ INSUA	FERNANDO DE	VICENTE PACHÉS
JOSUNE	LÓPEZ RODRÍGUEZ	FRANCISCO	VIGO SERRALVO
EVA	LÓPEZ TERRADA	FRANCISCO	VILA TIERNO
MARÍA DEL CARMEN	MACÍAS GARCÍA	JUAN BAUTISTA	VIVERO SERRANO
JUAN ANTONIO	MALDONADO MOLINA	CELIA LUNA	VIVES GONZÁLEZ
GONZALO	MARTÍN SALCEDO		



EDICIONES LABORUM

Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª Oficina 21

30008 Murcia

Tel.: 968882181

e-mail: laborum@laborum.es

FRANCISCO ORTIZ CASTILLO

Director editorial

1ª edición, Ediciones Laborum S.L. - 2018

Copyright © de la edición, Ediciones Laborum, 2018

Copyright © del texto, sus respectivos autores, 2018

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el autor en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de sus autores con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

ISBN – OBRA COMPLETA: 978-84-949189-2-6

ISBN – TOMO: 978-84-949189-3-3

DEPÓSITO LEGAL: MU 1221-2018

Impreso en España - Printed in Spain

*Este libro está dedicado a Francisco Ortíz Castillo,
jurista de reconocida competencia y tino profesional,
con motivo de su nombramiento como SOCIO DE HONOR
de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,
en reconocimiento a su labor y trayectoria en pro de nuestra Asociación*

Índice

TOMO I

PRÓLOGO.....	XIX
<i>José Luis Monereo Pérez</i>	

TÍTULO I. FAMILIA Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN.....	23
<i>María Emilia Casas Baamonde</i>	

TÍTULO II. SALUD Y FAMILIA.....	61
---------------------------------	----

Ponencias

CAPÍTULO I. LA SALUD FAMILIAR. MODELOS DE ATENCIÓN INTEGRAL DE SALUD FAMILIAR Y COMUNITARIA	61
<i>Juan José Díaz Franco</i>	

CAPÍTULO II. LOS CUIDADORES FAMILIARES Y SU VISUALIZACIÓN	81
<i>Rosario Cristóbal Roncero</i>	

CAPÍTULO III. FAMILIARES Y PROTECCIÓN SANITARIA	101
<i>Juan Antonio Maldonado Molina</i>	

CAPÍTULO IV. MATERNIDAD Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.....	119
<i>Belén Alonso-Olea García</i>	

Comunicaciones

CAPÍTULO V. LA MATERNIDAD EN MARRUECOS. UN DEBATE AÚN PENDIENTE	141
<i>María Del Carmen Burgos Goye</i>	

CAPÍTULO VI. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CUIDADORES FAMILIARES: UNA INICIATIVA DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA.....	153
<i>Elisabet Errandonea Ulaçia</i>	

CAPÍTULO VII. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS CON MOTIVO DE LA MATERNIDAD Y SUS EFECTOS SOBRE LA RETRIBUCIÓN DE LA TRABAJADORA.....	161
<i>Alicia Fernández-Peinado Martínez</i>	
CAPÍTULO VIII. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LA MATERNIDAD Y LA FUNCIÓN PROCREADORA FRENTE A LOS RIESGOS LABORALES	169
<i>Inmaculada Sandra Fumero Dios</i>	
CAPÍTULO IX. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL DEPORTE PROFESIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: UNA APROXIMACIÓN AL SISTEMA AUSTRALIANO	185
<i>Rocío Guerrero Jareño</i>	
CAPÍTULO X. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS CUIDADORES FAMILIARES DE LAS PERSONAS DEPENDIENTES: UN DERECHO AL TRABAJO DECENTE.....	201
<i>Sara Guindo Morales</i>	
CAPÍTULO XI. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR Y LA SEGURIDAD SOCIAL DE CUIDADORES NO PROFESIONALES.....	213
<i>Djamil Tony Kabale Carrillo</i>	
CAPÍTULO XII. LA EVALUACIÓN EN LOS RIESGOS DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA: INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES.....	227
<i>Francisca Moreno Romero</i>	
CAPÍTULO XIII. PROTECCIÓN DE LA SALUD Y PREVENCIÓN DE RIESGOS EN LA REPRODUCCIÓN Y LAS SITUACIONES DE EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL	241
<i>Natalia Ordóñez Pascua</i>	
CAPÍTULO XIV. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA SALUD: LA RACIONALIDAD SOCIAL SOBRE LA RACIONALIDAD ESTRICTAMENTE ECONÓMICA.....	257
<i>Pompeyo Gabriel Ortega Lozano</i>	
CAPÍTULO XV. LA AUSENCIA DE RIESGO EN LA CONTINGENCIA PROTEGIDA DURANTE LA LACTANCIA NATURAL: UN PASO ADELANTE EN LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.....	275
<i>María Cristina Polo Sánchez</i>	
CAPÍTULO XVI. EL TIEMPO DE TRABAJO COMO FACTOR DE RIESGO EN LA LACTANCIA NATURAL	293
<i>Josefa Romeral Hernández</i>	

CAPÍTULO XVII. EL DERECHO DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES A UNA ADECUADA PROTECCIÓN SOCIAL: EL PERSISTENTE Y LAMENTABLE OLVIDO DE LOS PODERES PÚBLICOS.....	303	
<i>Sara Ruano Albertos</i>		
CAPÍTULO XVIII. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA ASISTENCIA SANITARIA DE COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES	321	
<i>M^a Fuencisla Rubio Velasco</i>		
CAPÍTULO XIX. LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LAS TRABAJADORAS EN SITUACIONES DE EMBARAZO, PUERPERIO O LACTANCIA: ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS QUE GARANTICEN SU TUTELA FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO	339	
<i>José Luis Ruiz Santamaría</i>		
CAPÍTULO XX. LA REFORMA LABORAL BRASILEIRA DE 2017, EL MEDIO AMBIENTE LABORAL Y LA PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA: ¿AÚN SE PUEDE HABLAR EN UN DERECHO DEL TRABAJO PROTECTOR DEL MÁS DÉBIL?.....	357	
<i>Fábio Túlio Barroso</i> <i>Gonzalo Martín Salcedo</i>		
CAPÍTULO XXI. LA PERSPECTIVA DE LAS CUIDADORAS NO PROFESIONALES SOBRE LA ATENCIÓN DOMICILIARA	371	
<i>Concepción Sanz Sáez</i>		
CAPÍTULO XXII. LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN TRABAJADORAS EMBARAZADAS Y EN SITUACIÓN DE LACTANCIA NATURAL: UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL	389	
<i>Elisa Sierra Hernáiz</i>		
TÍTULO III. CONCILIACIÓN FAMILIAR DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	397	
<table border="1" style="margin: auto;"> <tr> <td>Ponencias</td> </tr> </table>		Ponencias
Ponencias		
CAPÍTULO I. LA GARANTÍA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN EL DERECHO EUROPEO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	397	
<i>Carmen Salcedo Beltrán</i>		
CAPÍTULO II. LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD TRADICIONAL FRENTE A LOS NUEVOS RETOS COMO LA MATERNIDAD/PATERNIDAD SUBROGADA, ADOPCIÓN, GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES.....	417	
<i>M^a de los Reyes Martínez Barroso</i>		

CAPÍTULO III. LA ATENCIÓN A LAS EMBARAZADAS, *NASCITURUS* E HIJOS LACTANTES (RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL).....439

Carmen Sánchez Trigueros

Comunicaciones

CAPÍTULO IV. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD COMO NECESIDAD SOCIAL.....461

Farah Amaadachou Kaddur

CAPÍTULO V. LA PRESTACIÓN FAMILIAR CONTRIBUTIVA EN SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DE JORNADA (ART. 237.3 LGSS)477

María Areta Martínez

CAPÍTULO VI. LA MATERNIDAD SUBROGADA: EL INTERÉS SUPEROR DEL MENOR Y PRESTACIÓN DE MATERNIDAD495

Ana Gloria Azor Oliver

CAPÍTULO VII. LA DIFÍCIL COBERTURA DE LA CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN EL DERECHO EUROPEO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....509

M^a Angustias Benito Benítez

CAPÍTULO VIII. PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA EN EL MARCO DE UN DESPIDO COLECTIVO. LA SENTENCIA DEL TSJUE DE 22 DE FEBRERO DE 2018 (ASUNTO C-103/16).....523

Aurelia Carrillo Lopez

CAPÍTULO IX. EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL COMO FÓRMULA DE CONCILIACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: EL COSTE SOCIAL DE LA CONCILIACIÓN535

M^a Belén Fernández Collados

CAPÍTULO X. EL PERMISO POR MATERNIDAD.....549

Silvia Fernández Fernández

CAPÍTULO XI. RIESGO POR EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL DEL PERSONAL SANITARIO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....563

Juan García Vivancos

CAPÍTULO XII. ¿HACIA LA EQUIPARACIÓN DE LOS PERMISOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD?.....581

Enea Ispizua Dorna

CAPÍTULO XIII. EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA Y SU COMPATIBILIDAD CON OTRAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. PERMISOS Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN.....595

Amanda Moreno Solana

CAPÍTULO XIV. LA INTRANSFERIBILIDAD DE LOS PERMISOS DE PATERNIDAD COMO ELEMENTO BÁSICO PARA LA CORRESPONSABILIDAD. LA RECEPCIÓN NACIONAL DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE PERMISOS PARENTALES	613
<i>Patricia Nieto Rojas</i>	
CAPÍTULO XV. LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN SUPUESTOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL.....	627
<i>María del Mar Pérez Hernández</i>	
CAPÍTULO XVI. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA: POSIBLE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO	643
<i>Raquel Poquet Catalá</i>	
CAPÍTULO XVII. LA PRESTACIÓN DE MATERNIDAD POR ADOPCIÓN DEL HIJO DEL CÓNYUGE O PAREJA: PRELUDIO DE UN SEGUNDO PERMISO PARENTAL EN EL SUPUESTO DE FAMILIAS MONOPARENTALES	655
<i>Óscar Requena Montes</i>	
CAPÍTULO XVIII. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y PROTECCIÓN SOCIAL: UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO Y LA JURISPRUDENCIA	671
<i>Juan José Rodríguez Bravo de Laguna</i>	
CAPÍTULO XIX. LA PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: SU NECESARIA ADAPTACIÓN A LAS NECESIDADES REALES Y A LAS EXIGENCIAS DE LA CORRESPONSABILIDAD	681
<i>Sarai Rodríguez González</i>	
CAPÍTULO XX. INCENTIVOS A FAVOR DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PROFESIONAL, PERSONAL Y FAMILIAR EN EL RETA: BONIFICACIONES EN LAS CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL	697
<i>Aránzazu Roldán Martínez</i>	
CAPÍTULO XXI. MEDIDAS PROTECTORAS DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA DURANTE LOS SUPUESTOS DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL. A PROPÓSITO DE LA LEY 6/2017, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMAS URGENTES DEL TRABAJO AUTÓNOMO	715
<i>Carlota M^a Ruiz González</i>	

CAPÍTULO XXII. DERECHOS DE LOS PROGENITORES DE PREMATUROS O NEONATOS HOSPITALIZADOS TRAS EL PARTO: ¿SE FACILITA CONCILIAR CON GARANTÍAS LA NUEVA REALIDAD VITAL Y FAMILIAR CON EL TRABAJO?.....	727
--	-----

Fernando de Vicente Pachés

CAPÍTULO XXIII. SUPUESTOS COMPLEJOS DE CESIÓN DEL PERÍODO DE DISFRUTE DEL DESCANSO DE MATERNIDAD.....	741
--	-----

Francisco Vila Tierno

TOMO II

TITULO IV. LA PROTECCIÓN NORMADA A LA FAMILIA POR EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.....	11
--	----

Ponencia

CAPÍTULO I. VIUEDAD, ORFANDAD Y PROTECCIÓN A OTROS FAMILIARES. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REORIENTACIÓN EN SU PROTECCIÓN.....	11
--	----

Guillermo Rodríguez Iniesta

CAPÍTULO II. PALEONTOLOGÍA JURÍDICA: LAS PRESTACIONES POR HIJO A CARGO (UN RESBALADIZO FÓSIL VIVIENTE). SU DELIMITACIÓN EN BASE A LAS CARGAS FAMILIARES	43
---	----

Juan Gorelli Hernández

CAPÍTULO III. LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA PÚBLICA A LA FAMILIA	69
--	----

Juan Bautista Vivero Serrano

Comunicaciones

CAPÍTULO IV. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR HIJOS A CARGO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	87
--	----

Juan Carlos Álvarez Cortés

Celia Luna Vives González

Ana Cristina Ruiz Mosquera

CAPÍTULO V. LA NECESARIA TRANSFORMACIÓN DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES.....	105
--	-----

Henar Álvarez Cuesta

CAPÍTULO VI. EL IMPACTO DE LA CONCILIACIÓN EN EL ACCESO A LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EN LA INTENSIDAD DE LA COBERTURA: LA BRECHA PRESTACIONAL ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL	121
<i>Cristina Aragón Gómez</i>	
CAPÍTULO VII. ¿QUIÉN Y CÓMO CUIDAN DE LOS CUIDADORES DE LAS PERSONAS MAYORES, ENFERMAS Y DISCAPACITADAS EN EL ÁMBITO FAMILIAR? ANÁLISIS CRÍTICO DE SU ESTATUTO JURÍDICO PROTECTOR.....	139
<i>Francisco Javier Arrieta Idiákez</i>	
CAPÍTULO VIII. LA PROTECCIÓN DE LAS UNIDADES FAMILIARES EN PORTUGAL.....	157
<i>Mário Silveiro de Barros</i>	
CAPÍTULO IX. ENFOQUE ACTUAL DE LA SITUACIÓN PROTEGIDA POR LA PENSIÓN DE VIUDEDAD	165
<i>Miguel Basterra Hernández</i>	
CAPÍTULO X. FAMILIA Y LUCHA A LA POBREZA EN ITALIA: HACIA UN MODELO DESIGUAL Y POLICÉNTRICO EN TIEMPOS DE CRISIS	173
<i>Silvio Bologna</i>	
CAPÍTULO XI. CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN LA PRESTACIONES DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA POR VIOLENCIA DE GÉNERO	185
<i>María Elisa Cuadros Garrido</i>	
CAPÍTULO XII. LA CONSIDERACIÓN DE LAS PAREJAS UNIDAS POR MATRIMONIO GITANO EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD	191
<i>Juan Antonio Fernández Bernat</i>	
CAPÍTULO XIII. URGE UNA MEJORA SUSTANCIAL EN LA PROTECCIÓN SOCIAL A LA FAMILIA COMO ESTRATEGIA QUE ASEGURE LA VIABILIDAD DE LAS FUTURAS PENSIONES	207
<i>Fco. Javier Fernández Orrico</i>	
CAPÍTULO XIV. ESCRUTINIO Y PROPUESTAS SOBRE LAS PRESTACIONES DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR CONCURRENTES CON VIOLENCIA DE GÉNERO	225
<i>Francisco Xabiere Gómez García</i>	
CAPÍTULO XV. VIUDEDAD Y MATRIMONIO GITANO: EMPUJE INSTITUCIONAL ANTE LA BUENA FE DE LOS CONTRAYENTES	233
<i>José Antonio González Martínez</i>	

CAPÍTULO XVI. LA ADAPTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA AL AMPARO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN ESTUDIO DEL MANDATO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 34.8 ET .245

Luis Gordo González

CAPÍTULO XVII. EL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN SUPUESTOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO259

Josune López Rodríguez

CAPÍTULO XVIII. LA ENFERMEDAD COMO ACCIDENTE DE TRABAJO. ESPECIAL ATENCIÓN A ENFERMEDADES CARDIOVASCULARES Y CONSECUENCIAS DE SU CALIFICACIÓN275

María del Carmen Macías García

CAPÍTULO XIX. LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA ORFANDAD ABSOLUTA. UN APUNTE CRÍTICO293

Jesús Martínez Girón

Alberto Arufe Varela

CAPÍTULO XX. LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO POLIGÁMICO EN ESPAÑA: LA PENSIÓN DE VIUDEDAD297

Eva López Terrada

Ángela Martín-Pozuelo López

CAPÍTULO XXI. LA CONVIVENCIA DE PRESTACIONES PÚBLICAS EN EL ESCENARIO SOCIAL DE LA UNIDAD FAMILIAR313

Fernando Moreno de Vega y Lomo

CAPÍTULO XXII. UNA VISIÓN DIFERENTE DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA.....327

Fulgencio Pagán Martín-Portugués.

CAPÍTULO XXIII. ASIGNACIÓN ECONÓMICA POR HIJO O MENOR ACOGIDO CON DISCAPACIDAD335

M^a Valvanuz Peña García

CAPÍTULO XXIV. LA SINGULAR APLICACIÓN DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO347

Salvador Perán Quesada

CAPÍTULO XXV. LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES COMO REQUISITO MODULADOR DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.....359

Daniel Pérez del Prado

CAPÍTULO XXVI. EL COMPLEMENTO DE LA PENSIÓN POR CARGAS FAMILIARES DE LA PROGENITORA DE DOS O MÁS HIJOS COMO MEDIDA DE POLÍTICA DE APOYO A LA FAMILIA, ASPECTOS PRÁCTICOS.....	375	
<i>Francisco Javier Pozo Moreira</i>		
CAPÍTULO XXVII. PENSIÓN DE VIUDEDAD EN CASO DE UNIÓN POR EL RITO GITANO.....	385	
<i>Raquel Yolanda Quintanilla Navarro</i>		
CAPÍTULO XXVIII. LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA EN EL ÁMBITO AGRARIO.....	393	
<i>Juan Romero Coronado</i>		
CAPÍTULO XXIX. CARGAS FAMILIARES: SUS DISTINTAS ACEPTACIONES EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.....	407	
<i>Carmen Tatay Puchades</i>		
TÍTULO V: LA PROTECCIÓN SOCIAL ANTE LOS NUEVOS RETOS Y DESAFÍOS DE LA FAMILIA Y DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN.....	423	
<table border="1" style="margin: auto; width: 30%;"> <tr> <td style="text-align: center;">Ponencias</td> </tr> </table>		Ponencias
Ponencias		
CAPÍTULO I. ADECUACIÓN O INADECUACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN FAMILIAR DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ACTUAL CONTEXTO SOCIAL, ECONÓMICO Y FAMILIAR. NUEVOS PLANTEAMIENTOS.....	423	
<i>Miguel Ángel Almendros González</i>		
CAPÍTULO II. LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA MULTIPLICIDAD DE REALIDADES FAMILIARES Y FORMAS ASISTIDAS DE ACCESO A LA MATERNIDAD.....	449	
<i>Pilar Rivas Vallejo</i>		
<table border="1" style="margin: auto; width: 30%;"> <tr> <td style="text-align: center;">Comunicaciones</td> </tr> </table>		Comunicaciones
Comunicaciones		
CAPÍTULO III. SEGURIDAD Y RIESGOS DEL TRABAJADOR BRASILEÑO Y REFLEXIONES PREVIDENCIALES (DE SEGURIDAD SOCIAL CONTRIBUTIVA): UNA VISIÓN EN EL ORIGEN DE LOS PROBLEMAS.....	469	
<i>Marcelo Borsio</i>		
<i>Cláudio Janotti da Rocha</i>		
<i>Fábio Túlio Barroso</i>		

CAPÍTULO IV. MÁS ALLÁ DE LOS BENEFICIOS DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL/FAMILIAR Y LABORAL PARA LOS/AS TRABAJADORES/AS: LAS VENTAJAS PARA LA EMPRESA Y PARA LA SOCIEDAD	485
<i>Eva María Blázquez Agudo</i>	
CAPÍTULO V. PROTECCIÓN A LA FAMILIA, SEGURIDAD SOCIAL Y EMPLEO AUTÓNOMO NO DEPENDIENTE: ¿FOMENTO O DESINCENTIVO EN EL CONTEXTO DE LA LEY 6/2017?	499
<i>María José Cervilla Garzón</i>	
CAPÍTULO VI. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. AVANCES Y RETROCESOS EN SU ATENCIÓN Y CUIDADOS	515
<i>Manuela Durán Bernardino</i>	
CAPÍTULO VII. LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE MENORES HUÉRFANOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO.....	533
<i>Belén García Romero</i>	
CAPÍTULO VIII. EL DESPIDO OBJETIVO Y LAS FALTAS DE ASISTENCIA QUE TIENEN SU ORIGEN EN LA MATERNIDAD, LA PATERNIDAD, EL RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA, Y LAS ENFERMEDADES CAUSADAS POR EMBARAZO, PARTO O LACTANCIA.....	547
<i>Miguel Ángel Gómez Salado</i>	
CAPÍTULO IX. LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE MENOR AFECTO DE CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	565
<i>Carmen Jover Ramírez</i>	
CAPÍTULO X. LOS DERECHOS DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y CONCILIACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES	579
<i>Belén del Mar López Insua</i>	
CAPÍTULO XI. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS PRESTACIONES RECONOCIDAS POR MATERNIDAD DE ALQUILER.....	597
<i>Francisco Miguel Ortiz González-Conde</i>	
CAPÍTULO XII. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE HIJOS CON CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE EN EL TRABAJO AUTÓNOMO: PARTICULARIDADES Y NUEVOS RETOS	613
<i>Ana Isabel Pérez Campos</i>	
CAPÍTULO XIII. LA PROBLEMÁTICA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO.....	627
<i>María Gema Quintero Lima</i>	

CAPÍTULO XIV. EL PERMISO Y LA PRESTACIÓN POR PATERNIDAD EN EL CONTEXTO SOCIAL ACTUAL Y FUTURO	645	
<i>Guillermo E. Rodríguez Pastor</i>		
CAPÍTULO XV. LAS RECIENTES INTERPRETACIONES JUDICIALES DE LOS REQUISITOS DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE HIJOS CON CÁNCER U OTRAS ENFERMEDADES	657	
<i>María José Romero Rodenas</i> <i>Óscar Contreras Hernández</i>		
CAPÍTULO XVI. DELIMITACION MORFOLOGICA DE LA REALIDAD FAMILIAR EN LA ACTUALIDAD: LA FAMILIA, INSTITUCION SOCIAL BASICA.....	665	
<i>Victoria Sánchez Más</i>		
CAPÍTULO XVII. LA PROTECCIÓN DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO A TRAVÉS DE NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL. ALGUNAS REFLEXIONES CONCEPTUALES	673	
<i>Francisco Vígo Serralvo</i>		
TÍTULO VI: ¿EL TRABAJO Y LA FAMILIA SON COMPATIBLES? LA VISIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES Y DE LA ADMINISTRACIÓN	687	
<table border="1" style="margin: auto;"><tr><td>Ponencias</td></tr></table>		Ponencias
Ponencias		
CAPÍTULO I. PERSPECTIVA EMPRESARIAL SOBRE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR.....	687	
<i>Jordi García Viña</i>		
CAPÍTULO II. ¿EL TRABAJO Y LA FAMILIA SON COMPATIBLES? ..	709	
<i>Teresa Díaz de Terán</i>		
CAPÍTULO III. LA FAMILIA YA NO ES LO QUE ERA. EVOLUCIÓN DEL MODELO DE FAMILIA, SU IMPACTO SOBRE LA CONCILIACIÓN Y LAS NUEVAS ESTRATEGIAS DE PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA Y EUROPA.....	719	
<i>Carlos Bravo Fernández</i> <i>Fernando Puig-Samper Mulero</i> <i>Enrique Martín-Serrano Jiménez</i>		
CAPÍTULO IV. LAS PRESTACIONES DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y DURANTE LA LACTANCIA NATURAL	745	
<i>Carlos Javier Santos García</i>		
CAPÍTULO V. EL MODELO ESPAÑOL DE (DES) PROTECCION FAMILIAR DESDE LA ATALAYA DE EUROPA	765	
<i>Carlos García de Cortázar y Nebreda</i>		

Comunicaciones

CAPÍTULO VI. EL “CUIDADO” DE MENORES CON CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: INTERPRETACIÓN JUDICIAL” 777

Pilar Charro Baena

CAPÍTULO VII. EL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL BRASILEÑA (LEI NÚM. 13.467/2017) EN LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y LA SEGURIDAD SOCIAL: EL TELETRABAJO DE LA MUJER. 785

Daniela da Rocha Brandão

CAPÍTULO VIII. EL TRABAJO EN PRECARIO E INVISIBLE EN EL ENTORNO FAMILIAR: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL ARTÍCULO 1438 CC EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO 795

Brais Columba Iglesias Osorio

CAPÍTULO IX. COLECTIVOS MARGINADOS OBJETO DE LA TUTELA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO-SOCIAL 815

Carlos José Martínez Mateo

CAPÍTULO X. LA RENTA MÍNIMA PARA LAS FAMILIAS SIN RECURSOS 831

José Luis Monereo Pérez

CAPÍTULO XI. LAS DISFUNCIONES DEL MATRIMONIO EN LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO... 857

María Antonia Pérez Alonso

CAPÍTULO XII. ¿PROTECCION JURIDICA DE LA FAMILIA? PROPUESTAS A DEBATE CIENTIFICO Y SOCIAL 871

Nicolás Sánchez Morales

PRÓLOGO

*“Todo lo que vemos podría ser también de otra manera.
En general, todo lo que podemos describir podría ser también de otra manera.
No hay orden alguno “a priori” de las cosas”*

Ludwig WITTGENSTEIN¹

1. El libro que tiene el lector ante sí, refleja la riqueza de planteamientos de Ponencias y Comunicaciones (no siempre convergentes, pero todas ellas elaboradas con rigor) presentadas y debatidas en el *II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional* de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), dedicado específicamente al estudio en profundidad de **“Protección de la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral”**. Cuando por iniciativa de la Junta Directiva en la Asamblea General de la AESSS se propuso este tema y se diseñó el temario del Congreso AESSS, hubo un consenso absoluto, sin ninguna oposición ni discrepancias, teniendo en cuenta la importancia permanente y manifiesta de esta materia y atendiendo a la trascendencia jurídico-práctica de la protección social de la familia y de los derechos de conciliación desde la perspectiva de la Seguridad Social y a la realidad extremadamente complejidad y litigiosa de las arduas controversias jurídicas que se suscitan. Y ello en un marco normativo no siempre bien organizado, a menudo contradictorio y con problemas de seguridad jurídica: un marco decididamente insuficiente; y por tanto necesitado de una reforma totalizadora que le confiara coherencia sin perder de vista la lógica de la “justicia social” que ha de informar a todo el sistema jurídico de la Seguridad Social.

2. Por otra parte, asumiendo como propia esta problemática, la AESSS da muestras de su dinamismo y capacidad de respuesta reflexiva, desde la política del Derecho y de la técnica jurídica, que son las dos caras –las dos dimensiones- necesarias del estudio científico de cualquier institución jurídica. Ese dinamismo es visible en los intensos debates que suelen caracterizar a los Congresos de la AESSS (expresamente internacionales y nacionales). En este Congreso se han constituido varios Paneles sobre aspectos concretos y con una composición deliberadamente plural en sus ponentes y moderadores. Por lo demás, la calidad de las Ponencias y Comunicaciones presentadas garantizaban ya el éxito del Congreso de la AESSS, con esa vitalidad y pluralismo crítico que le caracteriza; como auténtico punto de encuentro, de diálogo y debate sobre las distintas dimensiones y ámbitos de la Salud y Seguridad Social; y desde el rigor, la seriedad, y el máximo respeto a los diversos enfoques pluralistas que nos enriquecen a todos los que estamos implicados en esta lucha por el derecho a la Salud y a la Seguridad Social y por el mantenimiento y mejora de todas las “ramas de prestaciones” que le son inherentes, al margen de su instrumentalización y materialización institucional.

3. En esta obra colectiva no sólo se revisita este tema y su consideración clásica, sino que, además, se expone el estado actual de los problemas que se suscitan desde el punto de vista de la política del Derecho y de la técnica jurídica, de manera que se registran las novedades, se realiza un análisis crítico, se formulan replanteamientos *de lege ferenda*; proponiéndose, en definitiva, nuevos rumbos y caminos a seguir. Estamos, ciertamente, ante una situación caracterizada por transformaciones cualitativas: una nueva fase histórica de importantes cambios estructurales, transformaciones de la organización y cambios tecnológicos, donde se produce una inflexión de envergadura en la “sociedad del trabajo” en el marco de la “sociedad del riesgo”, con nuevos riesgos emergentes, nuevas exigencias de tutela en el sistema de necesidades sociales y en la misma

¹ WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad., e introducción de J. Muñoz e Isidoro Reguera, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pág. 145.

orientación de las políticas públicas de gobierno y racionalización de la cobertura dispensada por los Sistemas Salud y de Seguridad Social y, en general, de los modelos de protección social pública. Es en este contexto, donde se evidencia que hay que renovar desde la Seguridad Social –como disciplina científica- las “herramientas” científico-jurídicas de comprensión explicativa de la realidad social y de sus instituciones fundamentales.

4. Este libro puede contribuir a encontrar soluciones viables y basadas en la idea de “justicia social” a una cuestión de tanta centralidad la vida social como la que representa toda la problemática de la familia y de los derechos de conciliación desde el prisma de la Seguridad Social (y por supuesto de la Salud) y su intrínseca conexión con el Derecho del Trabajo. Y hacerlo, en términos de conjunto, desde la defensa del sistema público de protección social en su doble dimensión reparadora y preventiva. Y, en este sentido, la protección de la familia y de los derechos de conciliación ha sufrido un proceso de desbordamiento institucional y requiere de un planificado –y por tanto meditado- reajuste y de una racionalización en profundidad con arreglo a los fines garantistas a alcanzar, como se impone deducir del 41 CE (eje del grupo normativo regulador de la Seguridad Social en nuestra Carta Magna en conexión con la tutela multinivel abierta principalmente por el art. 10.2 de la misma). Es importante realzar que este libro –que materializa las aportaciones científico-jurídicas realizadas en el Congreso AESSS- tiene la “idea-fuerza” de superar el estado normativo actual caracterizado críticamente por el dato de que la protección social de la familia es la “pariente pobre” del Sistema de Seguridad Social, al mismo tiempo que la de reforzar los derechos de conciliación. Y ello se ha de realizar a través de una técnica depurada y de una ordenación normativa precisa y coherente. Obvio es decir que se realizan importantes aportaciones útiles de política del Derecho para mejorar el marco normativo vigente.

5. Todo esto, en un libro cuya estructura hace visible el discurso jurídico –sana y enriquecedoramente plural-, en donde se traza y se desmenuza todo un recorrido sobre el tema objeto de estudio y se tratan todas las cuestiones fundamentales prácticamente sin excepciones u omisiones significativas. Preside a lo largo de sus páginas una preocupación por realizar un enfoque jurídico interdisciplinar y asimismo la necesidad de vincular el marco jurídico ordenador con la praxis social y la experiencia de aplicación judicial, enlazando teoría y práctica del sistema de tutela de la personas que sufren las incapacidades para el trabajo. En tal sentido, se reproduce fielmente lo que ha sido la estructura sistemática del programa del II Congreso Internacional y XV Nacional de la AESSS: la Conferencia General “**Familia y Derechos de Conciliación en la Constitución**”, impartida por María Emilia Casas Baamonde (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, ExPresidenta del Tribunal Constitucional y Presidente de nuestra hermana AEDTSS, presentada por José Luis Monereo Pérez; el Primer Panel: “**Salud y Familia**” (con las intervenciones de Juan José Díaz Franco, Rosario Cristóbal Roncero, Juan Antonio Maldonado Molina y Belén Alonso-Olea García; presentación y moderación de José Julio Vadillo Ruiz; el Segundo Panel “**Conciliación familiar desde la perspectiva de la Seguridad Social**” (con las intervenciones de Carmen Salcedo Beltrán, María de los Reyes Martínez Barroso, Carmen Sánchez Trigueros; presentación y moderación de David Hernández González; el Tercer Panel “**La protección normada a la familia por el Sistema de Seguridad Social**” (con las intervenciones de Guillermo Rodríguez Iniesta, Juan Gorelli Hernández y Juan Bautista Vivero Serrano; presentación a cargo de María Dolores Carrascosa Bermejo); Cuarto Panel “**La protección Social ante los retos y desafíos de la familia y de los derechos de conciliación**” (con las intervenciones de Gina Magnolia Riaño Barón, Miguel Ángel Almendros González, Sara Alcázar Ortiz y Pilar Rivas Vallejo; presentación a cargo de Antoni Ojeda Avilés); el Quinto Panel: “**El trabajo y la familia ¿son compatibles? La visión de los interlocutores sociales y de la Administración**” (con intervenciones de los interlocutores sociales y Administraciones Públicas: de CEOE Jordi García Viña; de CEPYME Teresa Díaz de Terán; de CC.OO. Carlos Bravo Fernández; de IBERMUTUAMUR Carlos Javier Santos García; del CES Francisco González de Lena; Administración de la Seguridad Social Borja Suárez Corujo, AESSS Carlos García de Cortázar y Nebrada; presenta y modera Andrés Trillo García Letrado Jefe de los Servicios Jurídicos Centrales del INSS; y, finalmente, la Conferencia de Clausura que corona el Congreso “*La protección de la familia y de los derechos de conciliación en los países*”

européas: ¿Son adecuados los modelos actuales ante los nuevos desafíos?”, impartida por Hans-Joachim Reinhard; presentación a cargo de Cristina Sánchez-Rodas Navarro.

6. Es importante realzar que este libro *está expresamente dedicado a Francisco Ortiz Castillo*, Socio de Honor de la AESSS, Director de la Editorial Laborum, Profesor Asociado de la Universidad de Murcia y eminente abogado por toda su generosa contribución a nuestra Asociación.

7. Pero este Prólogo no puede cerrarse sin hacer mención a los denodados esfuerzos y el buen hacer de los que han asumido, en esta ocasión, la *Coordinación*, activa y efectiva, de las arduas tareas principales que conlleva la realización de este II Congreso Internacional y XV Nacional y la publicación de sus resultados. Me refiero, naturalmente, a Guillermo Rodríguez Iniesta (Secretario General de la AESSS, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Magistrado (supl.) del TSJ de Murcia), a Francisco Ortiz Castillo (Abogado, Director de la Editorial Laborum y Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Murcia, y a Pompeyo Ortega Lozano, Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Granada. Igualmente ha ayudado en dicha tarea Belén del Mar López Insua, Profesora Contratada Doctora –Acreditada como Titular de Universidad- de la Universidad de Granada; personas de acreditado reconocimiento en nuestra Asociación y en el ámbito universitario). Pero también es necesario hacer referencia a Cristina Sánchez Rodas (Vicepresidenta de Relaciones Internacionales de la AESSS), que han llevado a cabo con eficacia y tesón su función institucional, y, de nuevo, a quien desde su doble condición de Tesorera y Responsable de la organización académica de la Página Web de la AESSS se ha ocupado de una parte relevante de las tareas de “intendencia” y de gestión: Belén del Mar López Insua.

También quiero dejar constancia de la labor efectiva y rigurosamente realizada por todos los miembros integrantes del Comité Científico del II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la AESSS (José Luis Monereo Pérez, Alberto Arufe Varela, Paola Bozzao, Marco Esposito, Maximilian Fusch, Mario Garmendía, Mario Ackerman, Adrián Goldin, Lourdes Mella Méndez, Juan Pablo Mugñolo, Danny Piertes, Gina Magnolia Riaño Barón, Daniela Da Rocha, Fabio Tulio Barroso, Francisco Vila Tierno, y Guillermo Rodríguez Iniesta, que actuó de Secretario de manera especialmente eficaz). Vaya por delante mi agradecimiento y reconocimiento, en nombre de la AESSS y en el mío propio, a la excelente labor realizada por todos ellos. Con un equipo de personas de esta calidad, disposición y entrega, todo resulta más fácil y se pueden alcanzar los mejores resultados posibles.

Igualmente, quiero dejar constancia de mi gratitud, en el nombre de la Asociación y en el mío, a la Tesorería General de la Seguridad Social, por todas las facilidades que nos ha dado para celebrar las sesiones de este Congreso de la AESSS en sus instalaciones y en general de la amable acogida y disposición en todo. Personalizar esa gratitud institucional en Francisco Javier Aibar Bernad, Director General de la TGSS. Y, en relación a ello, agradecer asimismo las gestiones realizadas –con la eficacia que le caracteriza en todo- por Andrés Trillo García (Vicepresidente de la AESSS y Letrado Jefe de los Servicios Jurídicos Centrales del INSS).

En nuestro Congreso hemos tenido el honor de contar con la presencia del Secretario de Estado de la Seguridad Social de Octavio Granado Martínez en el Acto Inaugural, el cual ha sido siempre una persona especialmente comprometida con la Seguridad Social desde el enfoque de la “justicia social” y su consideración como Derechos Social Fundamental. Así mismo ha estado con nosotros –desde la misma sesión Inaugural- Javier San Martín Rodríguez en su condición de Presidente del Consejo General de Graduados Sociales, colectivo profesional con el que la rama social del Derecho está íntimamente vinculado.

8. Deseo terminar este Prólogo agradeciendo la colaboración desinteresada de la Editorial Laborum, que ha realizado, como es habitual, una edición de excelente calidad –como en todas las que le han precedido-, a pesar de la premura del tiempo del que ha dispuesto para su publicación. Y quiero hacerlo, de nuevo, en la persona excelente de Francisco Ortiz Castillo (Director Editorial, pero también, significativamente, Vocal de la AESSS).

Este libro se publicará al mismo tiempo en un doble formato: en soporte de papel y *online* en abierto. Ello facilitará su difusión en el ámbito nacional e internacional.

Animo encarecidamente al lector a adentrarse en el interior de esta obra colectiva, cuya lectura atenta estoy seguro que enriquecerá las perspectivas de comprensión del tratamiento de las incapacidades laborales en el marco del Sistema de Seguridad Social desde un enfoque de presente y en una proyección hacia ese incierto futuro. No se trata sólo de aportar soluciones útiles y viables –que siempre legítimamente pueden ser discutidas–, sino también de plantear nuevos interrogantes y de abrir nuevos caminos para la reflexión científica y la acción jurídico-institucional.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*

TÍTULO I. FAMILIA Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

Ex presidenta del Tribunal Constitucional de España

Presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

I. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA, AMPLITUD, DIVERSIDAD Y EVOLUCIÓN CON ARREGLO A LA REALIDAD SOCIAL

1. LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES SOBRE LA FAMILIA

En el ámbito de los derechos fundamentales la Constitución garantiza el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1) para lo cual ordena a la ley limitar “el uso de la informática” (art. 18.4). Reconoce el “derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, debiendo los poderes públicos garantizarlo, y quedando los padres facultados para intervenir en el control y gestión de todos los centros sostenidos por las Administraciones públicas con fondos públicos, en los términos que la ley establezca (art. 27.3 y 7). Y proclama el derecho de los españoles a “una remuneración suficiente” en el trabajo “para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo” (art. 35.1).

Sin embargo, es fuera de los derechos fundamentales, en el Capítulo III de su Título Primero, que contiene los denominados principios rectores de la política social y económica, donde la Constitución aborda frontalmente a la familia “en sí misma”¹, ordenando a los poderes públicos asegurar su “protección social, económica y jurídica” (art. 39.1), así como “la protección integral de los hijos, iguales [...] ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”, debiendo la ley posibilitar “la investigación de la paternidad” (art. 39.2). Los padres han de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda” (art. 39.3). Y los niños han de gozar “de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (art. 39.4), entre los que es de cita obligada, ya en este momento inicial, la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de Derechos del Niño, ratificada por todos los Estados miembros, que obliga a las autoridades administrativas, en cualesquiera medidas que adopten, a atender, como consideración primordial, a los intereses superiores del niño (art. 3.1)². En fin, pesa también sobre los poderes públicos, además del deber de garantizar la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”, el de promover su bienestar “mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”, lo que los poderes públicos han de hacer “con independencia de las obligaciones familiares” (art. 50).

Relación inmediata con la familia, pese a la autonomía y separación en su tratamiento jurídico-constitucional,³ tienen los derechos fundamentales a contraer matrimonio y a la igualdad conyugal,

¹ STC 222/1992, de 11 de diciembre, del Pleno del Tribunal, FJ 6.

² Ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre de 1990.

³ Vid. P. CACHÓN VILLAR, “Artículo 39”, en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 1004-1005.

que el artículo 32.1 enuncia como derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica⁴, y que expresa una manifestación específica del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (art. 14 CE)⁵. Corresponde a la ley estatal (art. 149.1.8ª CE)⁶ regular “las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos” (art. 32.2).

El artículo 39 establece, en sus apartados 2 y 3, una conexión inmediata con el artículo 14, con el derecho fundamental a la igualdad ante la ley y en su aplicación, y con la prohibición de discriminación de los hijos por razón de nacimiento y de las madres por estado civil.

Todos estos preceptos, ha dicho el Tribunal Constitucional, tienen una relación directa con la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad, principios que el artículo 10.1 declara fundamento del orden político y de la paz social.

Siendo la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España canon obligado de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (art. 10.2), convendrá traer su cita aquí para completar el panorama normativo constitucional.

El artículo 16.3 de la Declaración universal de derechos humanos y el artículo 23.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos reconocen a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, que tiene “derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, sin perjuicio de proclamar el derecho al matrimonio de los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio, exigiendo el libre y pleno consentimiento de los contrayentes (art. 16.1 y 2 y 23.2 a 4). Tanto la Declaración universal, como el Pacto de Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos, proclaman, específicamente, el derecho a cuidados y asistencia especiales para la maternidad y la infancia y el derecho a igual protección social de todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio (arts. 25 y 24), lo que reitera y desarrolla con contenidos laborales el artículo 10 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) garantiza, en su artículo 12, el derecho al matrimonio y a fundar una familia, según las leyes nacionales que regulen su ejercicio. Lo mismo hace el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La explicaciones oficiales que acompañan a la Carta⁷, y que han de ser tenidas en cuenta en su interpretación por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros (art. 52.7), hacen saber, no obstante, que la redacción de este derecho se ha modernizado en la Carta respecto del CEDH “para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia. Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca”. El CEDH y la Carta reconocen el derecho al respeto de la vida privada y familiar, con el mismo sentido y alcance y con las mismas limitaciones (arts. 8.1 y 7). La Carta destina preceptos específicos a proteger y reconocer los derechos de los niños y de las personas mayores (arts. 24 y 25), inspirándose en la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño y en el artículo 23 de la Carta Social Europea, revisada, y en los puntos 24 y 25 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Y garantiza asimismo, bajo el título “vida familiar y vida profesional”, la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social (art. 33.1), basándose en el artículo 16 de la Carta Social Europea,

⁴ Vid. J. URÍAS MARTÍNEZ, “El régimen constitucional del matrimonio”, en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, cit., págs. 883-897.

⁵ SSTC 159/1989, de 6 de octubre, FJ 5; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 5.

⁶ Con exclusión del régimen económico del matrimonio en las Comunidades Autónomas con competencias propias en Derecho civil especial o foral.

⁷ 2007/C 303/02, DOUE C 303/17 de 14 de diciembre de 2007.

y los derechos de toda persona a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o adopción de un niño, “con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional” (art. 33.2). Este segundo apartado del precepto trae causa del artículo 8 de la Carta Social Europea y del artículo 27 de la Carta Social Europea, revisada, así como de normas del propio Derecho de la Unión Europea, en concreto, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y en la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES⁸.

Es, pues, manifiesta y estrecha en la Carta la vinculación de la garantía de la protección de la familia con los derechos de conciliación de las personas trabajadoras, en el empleo privado y en el público, ausentes, en cambio, de nuestra Constitución, aunque, por obra de la jurisprudencia constitucional, hayan accedido al ordenamiento constitucional, a los artículos 14 y 39 de la Constitución, por su “dimensión” o “trascendencia constitucional”, según veremos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también entroncarán los derechos al respeto de la vida familiar y de conciliación de la vida familiar y profesional con los derechos a la igualdad entre hombres y mujeres y con los derechos del niño.

2. LA LIBERTAD DEL LEGISLADOR Y LA JURISPRUDENCIA “EVOLUTIVA” DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; LA IMAGEN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

El contexto normativo de la Constitución se asienta sobre un concepto de familia con un sentido y alcance amplio, heterogéneo y evolutivo. No hay en la Constitución, en su artículo 39.1, un modelo de familia predeterminado y dominante. Comprende el citado precepto constitucional el concepto de familia tradicional, y su constitución asimismo tradicional mediante matrimonio, que tuvo presente el constituyente y el derecho internacional de derechos humanos en 1978, aunque ya en aquel tiempo existieran variadas composiciones y estructuras familiares⁹, pero también su evolución a lo largo de estos cuarenta años de acuerdo con los criterios recogidos en las leyes y su interacción con el entorno social y la evolución científica bioética, que ha diversificado y enriquecido las formas de familia con la aparición de nuevos y diversos núcleos de convivencia y agrupaciones familiares (matrimoniales, uniones de hecho *more uxorio*, con descendencia y sin ella, por reproducción asistida, nucleares y amplias o extensas, numerosas, monoparentales, de lazos cruzados, homosexuales, transexuales). Las innovaciones son tan relevantes, desde el punto de vista social y jurídico, que no podrían no ser tenidas en cuenta en la interpretación constitucional, que desde el primer momento demandó la atención a la realidad efectiva de los modos de convivencia socialmente expresados.

Desde la perspectiva de análisis constitucional, el legislador democrático representa las convicciones éticas y las pautas culturales de la sociedad en un momento histórico determinado en un sistema como el nuestro de pluralismo democrático. De ahí su amplia libertad de configuración de la institución de la familia dentro de la Constitución, que la garantiza como unidad básica y esencial de convivencia según la imagen que de ella tenga la conciencia social en cada tiempo, y en cuyo ejercicio ha ido introduciendo criterios que han alejado el Derecho de familia del existente al promulgarse la Constitución. El legislador conforma las normas a la realidad social del momento histórico.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, tiene una imprescindible vocación de actualizar los preceptos constitucionales en su tarea de control de la constitucionalidad de la ley y en el ejercicio

⁸ Directiva derogada por la posterior Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES. Vid. J. CABEZA PEREIRO, “Conciliación de la vida personal y familiar. El permiso parental”, en *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, F. Lefebvre, Madrid, 2018, págs. 459 y ss.

⁹ Así, en los territorios de Derecho civil foral o especial.

de su jurisdicción de amparo, articulando a lo largo del tiempo los mecanismos que posibilitan su adaptación a la cambiante realidad social, que presenta una heterogeneidad creciente incuestionable. La jurisprudencia constitucional, mediante una interpretación evolutiva, adecúa los preceptos constitucionales a la realidad del momento histórico, a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, especialmente importante en el ámbito del Derecho privado. Es patente que es así –ningún Tribunal Constitucional se mantiene en una interpretación histórica, literalista u originalista de los preceptos constitucionales, que resta efectividad a la Constitución- y así lo ha hecho explícito el Tribunal Constitucional en su Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre: no sólo porque la Constitución sea “un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizado esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta” (FJ 9). No es discutible que esa actualización ha de tener lugar de conformidad con la Constitución, con su sistema de valores, principios y derechos constitucionales y con su conjunto normativo que forma un todo unitario. Tampoco lo es, por ello, que el límite de esa labor de interpretación evolutiva de la jurisprudencia constitucional es la reforma de la Constitución.

La Constitución no define a la familia. Tampoco lo ha hecho el Tribunal Constitucional. Sin embargo, desde su primera jurisprudencia, y progresivamente, ha afirmado un concepto amplio de familia y la aplicación consiguiente del artículo 39 de la Constitución a las familias matrimoniales y a las que no tienen origen en el matrimonio¹⁰, a las relaciones que tienen descendencia y a las que no la tienen, sea esa descendencia natural, asistida o jurídica (adopción e instituciones de acogimiento), a las convivientes y a las no convivientes de los hijos con los progenitores y de éstos entre sí¹¹- aunque la convivencia pueda ser exigida por las leyes a determinados fines legítimos-, a las homosexuales y a las heterosexuales. Y ha destacado en todo caso la trascendencia social de la institución familiar, que, con cierta licencia del lenguaje destinada a realzar esa trascendencia, ha dicho que “no necesita ponderación”¹², aunque sí la precise en multitud de supuestos controvertidos en que la protección de la familia puede estar en juego. Y ha ido dando cuenta de los diversos tipos de familia, en su evolución social y jurídica, a todos los cuales alcanza la protección constitucional¹³.

Cierto es que la jurisprudencia constitucional ha distinguido siempre –el artículo 32 de la Constitución así lo exige- la familia constituida jurídicamente por el matrimonio de la resultante de las uniones de hecho, las cuales no necesariamente conducen a la constitución de una familia, que precisa para materializarse como tal de la existencia de hijos o de la efectiva voluntad de crearla. También ha manifestado siempre que la familia a la que la Constitución ordena proteger en su artículo 39.1 no es sólo la matrimonial, por importante que ésta sea en nuestra cultura, sino que el mandato constitucional de protección lo es de las plurales formas de familia existentes en la realidad social, y se vincula al Estado social en una sociedad pluralista (arts. 1.1 y 9.2 CE)¹⁴.

De la entidad y el significado de los cambios en la concepción constitucional de la familia da cuenta la acción legislativa, que ha tenido un indiscutible protagonismo en la configuración de las nuevas formas de familia.

Por citar las innovaciones legales estatales de este siglo¹⁵, de indudable relevancia, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas define el concepto da familia

¹⁰ STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4.

¹¹ STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5, y jurisprudencia anterior allí citada.

¹² STC 45/1989, FJ 4, cit.

¹³ En la citada STC 198/2012, FJ 5.

¹⁴ STC 222/1992, cit., FJ 5.

¹⁵ Del siglo pasado, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, disoció, a determinados efectos, las figuras del progenitor biológico y el padre legal, lo que el Tribunal Constitucional consideró que no

(...)

numerosa, un tipo de familia tradicional más frecuente en épocas pretéritas, sin vincularlo al matrimonio, como “la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes (art. 2.1); siendo los ascendientes, además de la madre o el padre, el tutor, el acogedor, el guardador u otro miembro de la unidad familiar distinto de los hijos (art. 5.1).

La Ley 13/2005, de 1 de julio, cambió la configuración tradicional o clásica del matrimonio sustentada en la idea –en el decir críptico de la jurisprudencia constitucional reciente- de que las uniones homosexuales y heterosexuales “tenían una funcionalidad distinta dentro de la sociedad”¹⁶. Modificó el artículo 44 del Código Civil, al que adicionó un nuevo párrafo para igualar los requisitos y efectos del matrimonio con independencia de que “ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, lo que produjo una equiparación entre el matrimonio heterosexual y el homosexual y una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, que el Tribunal Constitucional consideró acorde con el artículo 32 de la Constitución en su citada Sentencia 198/2012, interpretado de acuerdo con una noción progresivamente extendida en la sociedad española y en el contexto internacional, aunque no aceptada de forma unánime, que no afectaba al derecho fundamental a contraer matrimonio de las personas heterosexuales ni, por tanto, al contenido esencial del derecho al reconocerlo a todas las personas que cumplan los requisitos del Código civil sin perjuicio de su orientación sexual¹⁷. Reformó asimismo el artículo 175.4 del mismo cuerpo legal con el fin de permitir la adopción de hijos conjunta y simultánea por las parejas casadas de distinto o igual sexo. Y ordenó que las disposiciones legales y reglamentarias que contuvieran referencias al matrimonio se aplicasen con independencia del género de sus integrantes (disposición adicional primera).

La referida decisión constitucional basó también la legitimidad constitucional de la regulación legal del matrimonio homosexual en los principios de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad dirigidos a hacer efectivos los derechos fundamentales, en el derecho fundamental a no padecer discriminación por orientación sexual, y en el mandato de igualdad real y efectiva (arts. 10.1, 14 y 9.2 CE), sin perjuicio de reconocer que otras opciones legales hubieran sido posibles¹⁸.

Por fin, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas de Seguridad Social, reformó por fin la regulación legal del derecho a la pensión de viudedad que se contenía en el artículo 174.3 de la LGSS de 1994 (procedente de la regulación de los años 70¹⁹ y modificado por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre)²⁰, para extenderlo, con determinadas limitaciones y requisitos, esto es, sin una plena igualdad a las parejas matrimoniales, al supérstite dependiente del causante de las parejas de hecho estables, que hubieran convivido ininterrumpidamente durante más de cinco años antes de la muerte del causante y hubiesen sido registradas cuando menos dos años antes, en situación de necesidad –por su nivel de ingresos y por la existencia de cargas familiares-, tanto homosexuales como heterosexuales, con efectos sobre situaciones anteriores a su entrada en vigor. La regla excepcional atributiva de eficacia retroactiva para permitir el acceso a las pensiones de viudedad a los supérstites de parejas de hecho estables, habiendo fallecido el causante con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, fue declarada inconstitucional, por contraria al derecho de igualdad en la ley (art. 14 CE), en su exigencia de que esas parejas hubiesen tenido hijos comunes, biológicos o adoptivos, menores o mayores de edad, dependientes o no del supérstite, y supervivientes o no al causante, al suponer una condición carente de una justificación constitucionalmente legítima y de imposible cumplimiento por

menoscababa la protección constitucional de la familia, sino que, al contrario, se ordenaba a posibilitar la fecundación y el crecimiento de la familia como “unidad básica y esencial de convivencia”: STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 13.

¹⁶ SSTC 92/2014, de 10 de junio, FJ 6; 93/2014, de 12 de junio, FJ 3; 98/2014, de 23 de junio, FJ 3; 115/2014, de 8 de julio, FJ 4; 116/2014, de 8 de julio, FJ 4; 124/2014, de 21 de julio, FJ 4; 157/2014, de 6 de octubre, FJ 2. Con votos particulares todas ellas discrepantes de los elementos centrales del razonamiento constitucional de las sentencias y de la apodictica afirmación transcrita.

¹⁷ STC 198/2012, cit., FFJJ 8, 9 y 10.

¹⁸ STC 198/2012, cit., FJ 11.

¹⁹ De la Ley 24/1972, de 21 de junio.

²⁰ Con efectos en el auxilio por defunción y en la indemnización a tanto alzado por muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

parejas homosexuales y heterosexuales infértiles, que tampoco habían podido acogerse a la adopción hasta fechas recientes, con resultados desmedidos de desprotección²¹. La Ley estatal se remitía al concepto de pareja de hecho de las leyes autonómicas.

En efecto, la legislación autonómica había regulado esa realidad familiar para evitar las que algunas leyes calificaban de discriminaciones “negativas” de los modelos de familia distintos del tradicional sustentado en el previo matrimonio, que eran y son una realidad social, con base en el artículo 39, y no en el art. 32 de la Constitución, si bien el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio en igualdad de la mujer y el hombre deja un amplio margen al legislador estatal, además de para configurar la institución matrimonial, para establecer regímenes de convivencia estable *more uxorio* distintos del matrimonio. En todo caso, la legislación estatal, estando ayuna de esa regulación, no lo está en la toma en consideración de la realidad de las uniones de hecho en numerosas leyes sectoriales. Las Comunidades Autónomas habían aprobado también leyes para permitir la adopción conjunta por las parejas de hecho.

3. LAS UNIDADES FAMILIARES DE HECHO Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD; SUS EFECTOS SOBRE LOS PERMISOS RETRIBUIDOS DE LOS TRABAJADORES, LOS TRASLADOS, LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y EL CONCEPTO MISMO DE TRABAJO FAMILIAR

La jurisprudencia constitucional entroncó la libertad de elección entre las distintas formas de familia, y en concreto entre las matrimoniales y las uniones de hecho estables y la decisión de crearlas, con el principio de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución²², que, con el principio general de libertad, valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1), ampara la libertad personal o libertad “a secas”²³, dentro de la ley y de la Constitución. En cuanto a las leyes, en el caso de las uniones de hecho han de autolimitarse y ser meramente dispositivas, y no imperativas, para no injerir en la libertad constitucionalmente reconocida de los convivientes -convirtiendo la unión de hecho libre en una unión de derecho o reglada-”, que acaba identificando con los “valores constitucionales superiores” (art. 1.1 CE).

No podría silenciarse aquí la incidencia de una regulación legal detallada de las uniones de hecho en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 de la Constitución – volveré sobre ello- y, según la jurisprudencia constitucional, en su “*dimensión positiva* en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad”, lo que demanda su protección eficaz²⁴. Por vulnerar el “derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE” (*vis*) –que, es de sobra sabido, no consagra ningún derecho fundamental-, sino una “libertad de decisión”, al imponer preceptivamente su regulación al margen de su aceptación voluntaria por las personas convivientes en pareja de hecho estable, la STC 93/2013, de 23 de abril, declaró inconstitucionales determinados preceptos de la Ley foral navarra 6/2000, de 3 de julio (FFJJ 9-11, 13 y fallo.1º).

En suma, la unión de hecho se basa en la libre decisión de los convivientes y excluye el estatuto de derechos y obligaciones propios del matrimonio. Por ello los convivientes han de aceptar voluntariamente esa institución jurídica, que el legislador no puede imponer. La decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia es manifestación del libre desarrollo de la personalidad, que protege la configuración autónoma del propio plan de vida.

Más allá de las relaciones de pareja estables, en cualquier tipo de familia la libertad de su creación, de procreación y de continuar o poner fin a la relación afectiva o de convivencia pertenece

²¹ STC 41/2013, de 14 de febrero.

²² STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3.

²³ Expresión de la STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2.

²⁴ STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 8. Para la crítica a esta “dimensión positiva” de los derechos fundamentales, o de determinados derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, J. JIMÉNEZ CAMPO, “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, cit., págs.. 189-192.

al ámbito del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE en relación con las convicciones y creencias más íntimas de las personas.

Ahora bien, la pareja de hecho no constituye parentesco por afinidad, como, en cambio, resulta del matrimonio, lo que se proyecta negativamente, en la legislación laboral vigente, sobre el derecho a los permisos retribuidos de dos días de duración -cuatro días si el trabajador precisa desplazarse por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de afinidad [art. 37.3 b) ET]. La inscripción de la pareja de hecho tampoco da derecho al permiso retribuido de quince días naturales en caso de matrimonio [art. 37.3.a) ET]. Ni la convivencia extramarital se contempla en el derecho de traslado del otro “cónyuge”, trabajador de la misma empresa, a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo, a que hubiera sido trasladado uno de los “cónyuges” con cambio de residencia (art. 40.3 ET)²⁵.

La unión de hecho incide también, positivamente, en el ejercicio de los derechos de conciliación mediante la reducción de la jornada y la excedencia para el cuidado de familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos, y que no desempeñen actividad retribuida (arts. 37.6, párrafo segundo, y 46.3, párrafo segundo, ET), y en el propio concepto de trabajo familiar y en sus efectos sobre las subvenciones a la contratación laboral [art. 1.3.e) ET].

Que no se reconozcan a las parejas de hecho los derechos a la reducción de jornada y a la excedencia para el cuidado de familiares del otro miembro de la pareja contribuye a la corresponsabilidad masculina en el cuidado de los familiares propios, por consanguinidad, y al reparto equitativo de las cargas familiares.

En cuanto al trabajo de un miembro de la pareja para el otro, mediando convivencia, el ET no lo considera trabajo familiar excluido de su regulación, salvo que se demuestre la condición de asalariado de quien lo presta, pues considera familiares, a tales efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción. Con la añadidura de que la contratación de la pareja de hecho se beneficia de las bonificaciones a la contratación laboral de los programas de fomento del empleo. También sobre ello he de volver²⁶.

4. MATRIMONIO Y FAMILIA: LA ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FAMILIAS MATRIMONIALES CONSTITUIDAS POR HOMBRE Y MUJER Y LA ACCIÓN DEL LEGISLADOR

Con razón reconoce el Tribunal Constitucional que “la posibilidad de contraer o no matrimonio ha sido un aspecto de especial significación” para su doctrina²⁷, pues, como es sabido, el ordenamiento jurídico ofrecía y ofrece a los cónyuges un tratamiento más favorable que el que dispensaba a las parejas de hecho, heterosexuales y homosexuales, lo que se manifestaba, entre otros órdenes, en el de las prestaciones de la Seguridad Social, en concreto en las pensiones de viudedad como es bien conocido, y en los permisos retribuidos a que se acaba de hacer alusión en el epígrafe anterior, por señalar dos ejemplos bien conocidos.

La jurisprudencia constitucional señaló, desde el primer momento, que el matrimonio y la familia son dos “bienes constitucionales” distintos, tratados por diferentes preceptos constitucionales (los artículos 32 y 39), lo que significa que la Constitución no hace depender el concepto de familia de la que exclusivamente trae causa jurídica del matrimonio y que éste y la convivencia extramatrimonial son realidades jurídicamente diferentes. Con la consecuencia de que, en principio, su tratamiento diferenciado y la diversa atribución de derechos y obligaciones no son contrarios al

²⁵ Cabe, obviamente, su equiparación por convenio colectivo.

²⁶ Véase el desarrollo de esta cuestión en el epígrafe III.2.

²⁷ SSTC 92/2014, cit., FJ 5; 93/2014, cit., FJ 2; 98/2014, cit., FJ 2; 115/2014, cit., FJ 2; 116/2014, cit., FJ 3; 124/2014, cit., FJ 3; 157/2014, cit., FJ 2.

derecho fundamental a la igualdad jurídica del artículo 14 de la Constitución, aunque la regulación desigual de lo diferente haya de cubrir también las exigencias del citado precepto constitucional, de modo que no sea injustificada, arbitraria ni desproporcionada, ni discriminatoria por las causas constitucionalmente prohibidas²⁸. Esta desconexión de ambas instituciones esta igualmente presente en la jurisprudencia del TEDH, que asimismo reconoce que el matrimonio confiere un derecho y estatus particular a quienes lo contraen²⁹.

El matrimonio es, en nuestra Constitución, un derecho “constitucional” y una garantía institucional, lo que significa que es una institución garantizada por la Constitución que configura el derecho a contraerlo como fundamental, debiendo la ley llamada a regularlo por el artículo 32.2 respetar su contenido esencial. La protección de la familia es también una garantía institucional, por lo que el matrimonio y la familia, siendo realidades diferentes, son ambas elementos esenciales del ordenamiento constitucional, cuyo núcleo esencial el legislador ha de salvaguardar.

La doble configuración constitucional del matrimonio le depara una protección subjetiva – a los titulares del derecho a contraerlo en plena igualdad jurídica- y objetiva –a la institución preservada-, que la jurisprudencia constitucional ha explicado a lo largo del tiempo y de manera condensada en la STC 198/2012.

La doctrina constitucional ha mantenido en todo momento que el artículo 32 de la Constitución faculta al legislador para desarrollar, dentro de los límites constitucionales, una política legislativa de protección especial a las familias matrimoniales. La primera jurisprudencia constitucional, anterior a la reforma de la Ley 13/2005, confirmó la legitimidad constitucional de la opción del legislador de deparar un trato distinto y más favorable a las familias basadas en el matrimonio entre hombre y mujer (art. 32.1 CE), que a otras unidades familiares.

Ello unido al reconocimiento del amplio margen de disponibilidad del legislador democrático llevó a aquella jurisprudencia, como se sabe, a considerar –no de modo unánime- el derecho a la pensión de viudedad del “cónyuge” supérstite en las familias sustentadas en el previo matrimonio como una forma singular de protección de las uniones familiares matrimoniales, frente a las uniones convencionales *more uxorio*, acomodada a la Constitución, esto es, no vulneradora de sus artículos 14 y 39, siempre que no existiese causa impeditiva del derecho a contraer matrimonio³⁰. Era causa impeditiva la imposibilidad de la disolución del anterior matrimonio, que no obtuvo reconocimiento hasta la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

En el juicio de legitimidad constitucional –este presupuesto argumental fue esencial- la jurisprudencia constitucional presumió que, tras la citada ley de 1981, la decisión de no contraer matrimonio era una decisión libre, libertad de elección que hacía legítimo el tratamiento diferenciado de los distintos tipos de convivencia familiar. Sin que toda imposibilidad de contraer matrimonio arrojase la automática consecuencia de la igualación de derechos con quienes convivían matrimonialmente³¹.

Reconoció la jurisprudencia constitucional en el artículo 32.1 el derecho a no contraer matrimonio como una “mera libertad jurídica” integrada en el derecho fundamental y cuyo contenido comprende la libertad de optar entre el derecho a contraer matrimonio o no contraerlo o de elegir una modalidad alternativa³². De donde resulta la regulación legal de la convivencia *more uxorio*, que ni está garantizada por la Constitución, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento.

²⁸ STC 222/1992, cit., FJ 6.

²⁹ Sentencias de 29 de abril de 2008, *Burden v. Reino Unido*, Gran Sala, apartado 63, nº 13378/05, TEDH 2008; de 2 de noviembre de 2010, *Şerife Yiğit v. Turquía*, Gran Sala, apartado 72, nº 3976/05.

³⁰ SSTC 184/1990, de 15 de noviembre; 29 a 31, 35 y 38/1991, de 14 de febrero; 77/1991, de 11 de abril; 29/1992, de 9 de marzo; 66/1994, de 28 de febrero; 69/2007, de 16 de abril. Con votos particulares discrepantes.

³¹ STC 184/1990, FJ 2.

³² STC 198/2012, cit., FJ 10. Hipotéticamente admitió la subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio -art. 32.1 C.E.- en el derecho fundamental a la libertad ideológica del artículo 16.1 C.E.: STC 66/1994, cit., FJ 3.

En efecto, aquella jurisprudencia también negó la existencia de una obligación de los poderes públicos de otorgar el tratamiento jurídico del matrimonio a las uniones de hecho, al no exigirlo la Constitución, y de reconocer el derecho a la pensión de viudedad en cualquier situación de falta de libertad para contraer matrimonio, ya que las eventuales causas impeditivas habían de ser contrarias a “los principios y reglas constitucionales”, lo que correspondía valorar al Tribunal Constitucional.

Consideró también el Tribunal que la unión entre personas del mismo sexo biológico no era una institución jurídicamente regulada, ni existía un derecho constitucional a que lo fuese, a diferencia del matrimonio entre hombre y mujer (art. 32.1 CE), por lo que los poderes públicos podían otorgar un trato de privilegio al matrimonio tradicional frente a las uniones homosexuales, lo que asimismo permitía la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 12 del CEDH³³.

En cuanto a las causas impeditivas del matrimonio, el Tribunal negó esa condición obstativa al impedimento que suponía la imposibilidad legal de contraer matrimonio por personas del mismo sexo antes de la promulgación de la Ley 13/2005³⁴. Según su razonamiento, la anterior opción de política legislativa no pugnaba con el texto fundamental y no había sido ajena a la legislación internacional y al Derecho comparado en el momento de su adopción y de su confirmación por la jurisprudencia constitucional (en la década de los 90 del pasado siglo), habiendo declarado asimismo el TEDH la legitimidad de la regulación legal española dirigida a proteger a la familia “fundada en los vínculos del matrimonio” tradicional, sin incurrir por ello en discriminación, en el incumplimiento del artículo 8 en relación con el artículo 14 del CEDH (Sentencia de 10 de mayo de 2001, *A. Mata Estévez c. España*)³⁵. El TEDH había afirmado también el margen de apreciación de los Estados para reconocer las relaciones homosexuales con el tratamiento propio de la institución matrimonial o con otro diferente (Sentencia de 24 de junio de 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, apartado 108)³⁶. La propia STC 184/1990 había puesto en la responsabilidad del legislador la decisión de extender las prestaciones de viudedad “singularmente si la convivencia estable sin vínculo matrimonial se instalara como una práctica social extendida” (FJ 5). Y desde ese mismo momento la demanda social en favor de esa extensión había sido creciente para dar respuesta a las nuevas realidades familiares. A las uniones de hecho heterosexuales, que habían recibido una respuesta negativa de la jurisprudencia constitucional –sobre la base de la libertad de no contraer matrimonio, y de quedar esa decisión al resguardo de situaciones arbitrarias o discriminatorias-, y homosexuales, a las que esas razones constitucionales no eran aplicables, con la consecuencia de la imposibilidad absoluta de acceder a la pensión de viudedad hasta la modificación del Código civil por la Ley de 2005, que no regulaba su retroactividad³⁷.

El TEDH aceptaría las razones del Gobierno español, coincidentes en su conclusión con las sentencias referidas del Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 14 de junio de 2016, *Aldeguer Tomás c. España*³⁸. La disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 tenía el fin específico de proporcionar una solución provisional y extraordinaria a las parejas heterosexuales que no habían podido casarse por ser ilegal el divorcio, imposibilidad de volver a casarse que no era comparable con la posición de una pareja homosexual que, con anterioridad a la Ley de 2005, no podía casarse en términos absolutos,

³³ ATC 222/1994, de 11 de julio, con cita de las Sentencias de 17 de octubre de 1986, *Rees c. Reino Unido*, apartado 11, Serie A n° 106, y de 27 de septiembre de 1990, *Cossey c. Reino Unido*, § 22, Serie A n° 184.

³⁴ Desestimando en el STC 92/2014, cit., la cuestión interna de inconstitucionalidad sobre el artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, FJ 6; y denegando el amparo avocado al Pleno en la STC 93/2014, cit.,; y en las posteriores SSTC 98/2014, 3115/2014, 116/2014, 124/2014, 157/2014, citadas en las notas 16 y 27.

³⁵ N° 56501/00, TEDH 2001-VI.

³⁶ N° 30141/04, TEDH 2010.

³⁷ El voto particular de cuatro Magistrados a la Sentencia 92/2014 destacaría que la exclusión por la ley de las parejas homosexuales como beneficiarias de las pensiones de viudedad, ante el establecimiento de una condición de cumplimiento legalmente imposible sin conexión con la finalidad de la pensión de viudedad en su configuración legal, incurría en una inequívoca discriminación por razón de orientación sexual y se oponía a la jurisprudencia del TJUE. En concreto, a su Sentencia 12 de diciembre de 2013, asunto C-267/12, *Frédéric Hay y Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, que aplicó el principio de no discriminación por razón de orientación sexual como principio general del Derecho de la Unión, incorporado al artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³⁸ N° 35214/09. El demandante había interpuesto recurso de amparo, inadmitido por el Tribunal Constitucional.

independientemente del estado civil de uno o ambos de sus miembros (apdo. 87). La aprobación de las Leyes de 2005 y de 2007 no podía entenderse como el reconocimiento por parte de las autoridades españolas de que la falta de reconocimiento del matrimonio homosexual era incompatible con el CEDH, que no obliga a los Estados contratantes a otorgar el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, por lo que no había habido discriminación y, por tanto, no se había vulnerado el artículo 14 en relación con el artículo 8 del CEDH y el artículo 1 del Protocolo 1³⁹.

5. LOS TIPOS DE MATRIMONIO: ¿DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN?

Rechaza la jurisprudencia constitucional que el artículo 14 de la Constitución proteja la discriminación por indiferenciación, sino la desigualdad discriminatoria. No reconoce el citado precepto constitucional un derecho a la desigualdad de trato, al trato normativo desigual, lo que no impide que, con fundamento en el artículo 9.2 del texto constitucional, los poderes públicos y, señaladamente, el legislador adopten medidas de discriminación positiva, esto es, de trato diferenciado en favor de determinados colectivos para lograr su igualdad real y efectiva. Pero el derecho a la igualdad no se vulnera por la falta de diferenciación ni “por exceso de igualdad”⁴⁰.

El Código civil regula el derecho de los ciudadanos a contraer matrimonio, tanto en forma civil, como religiosa (católica, según el Derecho canónico, o la prevista por las demás confesiones religiosas inscritas).

La celebración del matrimonio exige la formalización de la prestación de consentimiento ante funcionario o autoridad o en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa reconocida por el Estado, no siendo suficiente su celebración según ritos étnicos o culturales no reconocidos por el Estado. La STC 69/2007, de 16 de abril, caso *Muñoz Díaz*, no amparó a una mujer gitana que demandaba una pensión de viudedad causada por el fallecimiento de su marido con quien se había casado según el rito gitano, descartando el Tribunal la existencia de discriminación por origen étnico de la demandante a la luz de la regulación vigente sobre pensiones de viudedad, que el legislador español vinculaba a la existencia de matrimonio con efectos civiles y no a las relaciones de convivencia *more uxorio*, con independencia de la etnia de las personas⁴¹. El artículo 14 de la Constitución, afirmó el Tribunal Constitucional, no acoge la “discriminación por indiferenciación”, al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual” (FJ 4).

El TEDH, en cambio, interpreta que, en ciertas circunstancias para cuya apreciación reconoce un cierto margen a los Estados, el artículo 14 del CEDH no prohíbe a un Estado miembro tratar a ciertos grupos de manera diferenciada para corregir las “desigualdades fácticas” entre ellos; de hecho, en algunas circunstancias, es precisamente la ausencia de tratamiento diferenciado para corregir una desigualdad la que puede, sin justificación objetiva y razonable, acarrear la vulneración del citado precepto (Sentencias de 6 de abril de 2000, *Thlimmenos c. Grecia*, Gran Sala, apartado 44; y de 6 de julio de 2005, *Stec y otros c. Reino Unido*, Gran Sala, apartado 51⁴²).

Por ello, en su Sentencia *Muñoz Díaz c. España*, de 8 de diciembre de 2009⁴³, el TEDH desautorizó la interpretación del Tribunal Constitucional, argumentando que “la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada”, que las

³⁹ Apartados 89 a 91 y fallo unánime. Conforme al artículo 1 del Protocolo 1, “Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas”, que cubre, en la doctrina del TEDH, la percepción de una pensión de viudedad del Estado.

⁴⁰ SSTC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 9; 198/2012, cit., FFJJ 3 y 4.

⁴¹ Con un voto particular discrepante. El matrimonio islámico no se basa en costumbres de una determinada etnia: STC 194/2014, de 1 de diciembre, caso *Sené Sené*.

⁴² N° 34369/97, TEDH 2000-IV; y N° 65731/01 y 65900/01, TEDH 2006-VI.

⁴³ N° 49151/07, TEDH 2009.

minorías han de ser protegidas⁴⁴, y que “aunque la pertenencia a una minoría no exime de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicarlas”, que el Estado español había deparado un reconocimiento oficial como matrimonio y de buena fe a la unión de la demandante que, en consecuencia, abrigaba la razonable creencia de tener derecho a la pensión de viudedad; concluyendo en que la prohibición de discriminación consagrada por el art. 14 del CEDH “sólo adquiere sentido si, en cada caso concreto, se toma en cuenta la situación personal del demandante en relación con los criterios enumerados en esta disposición, tal cual. Un enfoque contrario, consistente en desestimar la demanda porque la interesada podría haberse librado de la discriminación modificando uno de los elementos litigiosos –por ejemplo, contrayendo matrimonio civil– vaciaría de contenido” dicho artículo (apartados 48, 59, 60-61 y 70). El Estado español había violado el artículo 14 del CEDH puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo 1⁴⁵.

La posterior Sentencia de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2018⁴⁶ destacó las diferencias del caso que resolvía –en el que los contrayentes por el rito gitano figuraban oficialmente como solteros– con el caso *Muñoz Díaz*, advirtiendo de que lo que se pretendía por la recurrida, a la que la sentencia de suplicación había reconocido el derecho a la pensión de viudedad, no era aplicar la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, cuanto variar cualitativamente su contenido y alcance, al equiparar la unión por el rito gitano a la inscripción registral o documentación pública de la “pareja de hecho”, que exige el art. 174. 3 LGSS/1995 para tener derecho a las prestaciones de viudedad, haciendo de peor condición a quienes por razones ideológicas –tan respetables como las culturales– no se han constituido como pareja de hecho en la forma legalmente prescrita, que no perciben la prestación de viudedad⁴⁷.

Con independencia de ello, todas las modalidades analizadas son familia, que dan lugar o pueden dar lugar a la *vida familiar* y a cuya protección sirven los derechos legales de conciliación con la vida profesional de las personas trabajadoras, que, no obstante, pueden experimentar variaciones que no sean discriminatorias en su aplicación a los diferentes tipos de familia. Las transformaciones sociales han derivado en la heterogeneidad progresiva de las estructuras familiares y de convivencia familiar y de las formas de maternidad (por adopción, guarda preadoptiva o acogimiento permanente) y de lactancia (artificial), así como en el progresivo envejecimiento demográfico de las sociedades. Estos cambios sociales con frecuencia han tenido como resultado la discriminación de las mujeres, también en estas otras formas de familia, de maternidad y de lactancia y en el incremento de las necesidades de cuidados de larga duración de los mayores o dependientes, precisamente por causa del ejercicio de esos derechos de conciliación, reforzando el mantenimiento de su relegación total o parcial del mundo del trabajo masculino remunerado, su dedicación a las tareas de cuidado personales y su tradicional estatuto de inferioridad en la vida social y laboral, y quebrantando su libertad de elección.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD FAMILIAR Y EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR. LA NOCIÓN CONSTITUCIONAL DE VIDA FAMILIAR

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD FAMILIAR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El derecho al respeto de la vida familiar que se reconoce por los artículos 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea se ha situado en nuestra Constitución, por su intérprete supremo, en los principios de libre desarrollo de la personalidad de su artículo 10.1 y de protección social, económica y jurídica de la familia, de los hijos y de los niños de su artículo 39.1 a 4⁴⁸.

⁴⁴ De acuerdo con el Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías.

⁴⁵ Con un voto particular discrepante.

⁴⁶ ES:TS:2018:294.

⁴⁷ Con el voto particular discrepante de dos Magistradas.

⁴⁸ SSTC 131/2016, de 18 de julio, FJ 6; 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7, entre otras.

En cambio, el derecho fundamental a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE no comprende, como una de sus dimensiones, el derecho a la vida familiar. En la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, el derecho a la intimidad familiar es “una dimensión adicional de la intimidad personal”, que protege a la persona frente a la curiosidad ajena, frente a una publicidad no querida, no solo respecto de aspectos de la vida personal, sino también de los relacionados con otras personas con la que se tenga una “estrecha vinculación familiar”, que se proyectan sobre la esfera de la propia personalidad y se comprenden en el derecho propio – y no ajeno- a la intimidad, íntimamente relacionado con la dignidad personal. Es obvio que ciertos acontecimientos que pueden afectar a cónyuges, parejas, progenitores o hijos tienen tal trascendencia para la persona que su indebida publicidad o difusión se proyecta sobre la propia personalidad. En el contenido esencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución se inscribe el poder de la persona de resguardar un ámbito reservado para sí y su familia, con independencia de su contenido, frente a la acción y el conocimiento de los demás, poderes públicos y simples particulares, de modo que no sean terceros los que fijen los contornos de nuestra vida privada⁴⁹. Los poderes públicos tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho, preservando el ámbito reservado de la vida privada y familiar de potenciales agresiones, en especial cuando otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos pueden limitarlo.

Jurisprudencia constitucional reiterada, que sigue a la del TEDH, ha afirmado que a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar. El derecho fundamental a la intimidad de los menores, su interés en que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar pese a que sus progenitores sean personajes con notoriedad pública, y del que sólo aquéllos son titulares, es una límite infranqueable a los derechos de libre expresión y de libre comunicación de información veraz del artículo 20.1.a) y d) CE, de manera que no se conozcan datos que a ellos conciernen y que permiten su identificación⁵⁰. Los intereses de los menores pueden justificar asimismo limitaciones al derecho a la publicidad de las audiencias, según jurisprudencia más que reiterada del TEDH, acogida por el Tribunal Constitucional.

El derecho a la intimidad familiar presenta la particularidad, respecto del derecho a la intimidad personal, de que “puede mantener su máximo nivel de garantía a pesar de los actos de disposición de sus titulares”, lo que sucede cuando los padres revelan aspectos íntimos de la vida de sus hijos menores, en que prevalece el derecho a la intimidad personal de los menores “y, por reflejo, el de la intimidad familiar de sus padres”⁵¹.

Sabemos ya que el derecho a la intimidad familiar tampoco consiente una regulación legal detallada de las uniones de hecho⁵².

El derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 de nuestra Constitución se presenta, así, próximo en su contenido, bien que limitado al ámbito de la intimidad, al que en negativo y positivo formulan los artículos 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 17 del PIDCP, según los cuales “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia [...]. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Su conexión con ingredientes del derecho al respeto de la vida familiar de los artículos 8 del CEDH y 7 de la Carta de

⁴⁹ SSTC 231/1988, de 14 de octubre; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 4; 134/1999, de 15 de julio; 12/2002, de 30 de enero, FJ 5; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11... La imposición de la pena de alejamiento en delitos en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares, no afecta al derecho a la intimidad familiar; sí al libre desarrollo de la personalidad, pero persigue fines constitucionales legítimos y es proporcional a su consecución, y sus efectos pueden variar respecto de los hijos: STC 60/2010, de 7 de octubre, FFJJ 8.e) y 9 y ss.

⁵⁰ SSTC 197/1991, de 17 de octubre; 134/1999, de 15 de julio.

⁵¹ STC 197/1991, FJ 3, cit. Vid. J. PARDO FALCÓN, “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, cit., pág. 422.

⁵² STC 93/2013, FJ 8, cit.

los derechos fundamentales de la Unión Europea es evidente. Es claramente un derecho de privacidad.

Sabido es que el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18.4 de la Constitución contiene una protección de carácter instrumental del derecho a la intimidad personal y familiar, defendiendo los ámbitos en que se desarrolla la vida privada y familiar de la persona⁵³. Expresiones como “reducto último de la intimidad personal y familiar”, referidas a la inviolabilidad domiciliaria, acostumbran a encontrarse en la jurisprudencia constitucional. No obstante, su contenido esencial autónomo y su sentido funcional propio no sirven de fundamento a un pretendido derecho a la vida familiar.

2. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES Y DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

El derecho a la vida familiar de los textos normativos citados, según el propio TEDH señala⁵⁴ con un entendimiento que vincula al TJUE en su interpretación del artículo 7 de la Carta según el artículo 52.3 de la propia Carta⁵⁵, comprende, como ingrediente esencial, el derecho a vivir juntos para que las relaciones familiares se desarrollen normalmente (*Marckx c. Bélgica*, apartado 31) y los miembros de la familia puedan disfrutar de la compañía mutua (*Olsson c. Suecia* (n. 1), apartado 59), el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (Sentencia de 27 de junio de 1996, *Johansen*), en cualquier modelo de familia, matrimonial y de hecho, homosexual o heterosexual (Sentencia *Schalk y Kopf*, cit., apartado 94), biológica, de adopción o de acogida, y con o sin convivencia, pues sin convivencia son posibles vínculos suficientes para la vida familiar (*Kroon y otros c. Holanda*, apartado 30), ya que la existencia de una unión estable puede ser independiente de la cohabitación (Sentencia de *Vallianatos y otros c. Grecia*, Gran Sala, apartado 73)⁵⁶. Las situaciones de separación, de divorcio de terminación de la relación familiar entre los progenitores, que no conllevan la terminación de la vida familiar con los hijos (custodias, visitas...), constituyen un reflejo, no el único obviamente, de esa realidad. Y es que la existencia o no de "vida familiar" es esencialmente una cuestión de hecho que depende de la existencia real en la práctica de lazos personales cercanos (*Paradiso y Campanelli c. Italia*, Gran Sala, apartado 140).

El derecho a la vida familiar del artículo 8 del CEDH integra asimismo el derecho al nombre, al apellido de una persona, que es un medio de identificación personal y denota un vínculo con una familia (Sentencias de 22 de febrero y de 25 de noviembre de 1994, *Burghartz c. Suiza*, apartado 24, y *Stjerna c. Finlandia*, apartado 37; y de 22 de diciembre de 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, apartado 52). Y no incluye únicamente dimensiones de una naturaleza social, moral o cultural, sino que alcanza a comprender también intereses materiales (Sentencia de 22 de diciembre de 2004, *Merger y Cros c. Francia*, apartado 46⁵⁷; Sentencia *Aldeguer Tomás c. España*, cit., apartado 72), como las obligaciones alimenticias y la posición ocupada en los sistemas jurídicos de la mayoría de los Estados por la institución hereditaria. El TEDH ha estimado que el derecho de sucesión entre hijos y padres, y entre nietos y abuelos, está estrechamente vinculado con la vida familiar, por lo que entra dentro del ámbito del artículo 8 (*Marckx c. Bélgica*, cit., apartado 52; *Pla y Puncernau c. Andorra*, apartado 26), y que la concesión de una asignación familiar permite a los Estados "demostrar su respeto por la vida

⁵³ STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2.

⁵⁴ *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 de agosto de 2018, págs. 46 y ss.

⁵⁵ Salvo que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa (apartado 3 del artículo 52, citado, en relación con el artículo 53 de la Carta). Lo que confirma la Explicación relativa al citado precepto, que afirma la equiparación del sentido y alcance de este derecho con el reconocido en el artículo 8 del CEDH, por lo que es de reiterar que las limitaciones a su ejercicio son las mismas que las toleradas por el artículo 8.2 del CEDH.

⁵⁶ N° 29381/09 y 32684/09, TEDH 2013.

⁵⁷ N° 68864/01.

familiar", por lo que el subsidio se incluye en el alcance material del artículo 8 (*Fansie c. Grecia*, apartado 28).

El derecho a la vida familiar se conecta con el derecho a contraer matrimonio del artículo 12 del CEDH y con la prohibición de discriminación proclamada por el artículo 14 del Convenio. Desde luego, ni el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), ni el derecho a la vida familiar (art. 8.1 CEDH y art. 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), comprenden el derecho a contraer matrimonio o a fundar una familia no matrimonial, heterosexual u homosexual, ni a adoptar hijos, ni a acoger menores, y no imponen a los Estados, que cuentan con un apreciable margen de apreciación, la obligación de aceptar los diversos modelos de familia si no son reconocidos por sus legislaciones. La familia, en cualquiera de sus modalidades, tiene que existir como una realidad previa para poder ser protegida en su intimidad. El derecho al respeto de la vida familiar presupone igualmente la existencia de una familia, o al menos la relación potencial entre sus miembros, aunque la vida familiar aún no se haya establecido completamente, o resulte después que no tenía ninguna base biológica (*Paradiso y Campanelli contra Italia*, cit., apartado 141).

A la vista de nuestra Constitución y, en concreto del derecho a la *intimidad familiar* no es sencillo que la jurisprudencia constitucional pudiera cerrar esta divergencia, en todo el sentido y alcance que el derecho a la *vida familiar* tiene en la jurisprudencia del TEDH, para establecer una interpretación compartida de aquel derecho fundamental con el ordenamiento de la UE y del Consejo de Europa y elevar el derecho a la vida familiar a la condición de derecho fundamental de nuestro ordenamiento⁵⁸. Nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH⁵⁹.

Ello no significa, sin embargo, que nuestro ordenamiento desconozca los derechos de los artículos 8.1 del CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en cumplimiento del mandato del artículo 10.2 de nuestra Constitución, ni, obviamente, la noción de *vida familiar*. El espacio vital protegido por aquel derecho a la vida familiar no carece de protección en nuestro ordenamiento constitucional, que parte de la configuración autónoma y libre de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, y se cubre por el mandato constitucional de protección de la familia, a los hijos, a las madres, y a la infancia (arts. 10.1 y 39.1 a 4 CE), que comprende la *vida familiar*⁶⁰. Por su parte, el derecho al nombre, como atributo de la personalidad, se ha incluido por el Tribunal Constitucional en el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 y en los principios de dignidad de la persona y de protección a la familia y, específicamente, de los hijos de los artículos 10.1 y 39.1 y 3 de la Constitución⁶¹.

3. VIDA FAMILIAR, PROTECCIÓN DE LA FAMILIA E INMIGRACIÓN

Cuestión crucial relacionada con el ámbito de los derechos a la *intimidad familiar* y a la *vida familiar* es la inmigración por esa causa, por desarrollar una vida familiar.

El derecho a la intimidad familiar no cubre un pretendido derecho fundamental de los extranjeros a la reagrupación familiar, por lo que su regulación no precisa de ley orgánica⁶²; lo que no quiere decir que no exista en determinados casos en que así lo exige la protección constitucional de la familia y el interés superior de los menores.

El TJUE ha declarado categóricamente que el artículo 8 CEDH no garantiza como tal ningún derecho a favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado. El TEDH

⁵⁸ Véase el voto particular discrepante a la STC 186/2013, cit.

⁵⁹ STC 236/2007, FJ 11, cit.

⁶⁰ Por todas, STC 60/2010, FJ 8.c), cit.

⁶¹ SSTC 117/1994, de 25 de abril; 167/2013, de 7 de octubre, en un caso de mantenimiento de la utilización del apellido materno por el menor, antes del reconocimiento de la filiación no matrimonial por el padre, en el que el Tribunal no pasa por alto que el padre había sido condenado como autor de un delito de violencia en el ámbito familiar. Sin embargo, no otorga el amparo por la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de la madre.

⁶² SSTC 236/2007, cit., FFJJ 10 y 11; 186/2013, FJ 6, cit.

ha reconocido también el derecho de los Estados a controlar la entrada de extranjeros en su territorio y su residencia (*Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido*, apartado 67; *Boujlifa c. Francia*, apartado 42), y ha afirmado que el CEDH no garantiza el presunto derecho de un ciudadano extranjero a ingresar o residir en un determinado país, sin que las autoridades nacionales estén obligadas a permitir que un extranjero se establezca en su país ni a autorizar la reunificación familiar en su territorio. En consecuencia, los extranjeros deben someterse a los controles y procedimientos de inmigración y abandonar el territorio del Estado si se les niega legalmente la entrada o la residencia (*Jennessé c. Holanda*, Gran Sala, apartados 103, 117 y 100). Sin embargo, el TEDH modula esa interpretación y ha considerado que la negativa a reconocer un permiso de residencia a un extranjero que quiere visitar con frecuencia a su hijo de corta edad es un límite desproporcionado al derecho a la vida familiar (*Sentencia Berrehab c. los Países Bajos*), y que los Estados tienen la obligación de tomar medidas para reunir a padres e hijos (*Elsbolz c. Alemania*, Gran Sala; *K.A. c. Finlandia*). Ni el artículo 8 ni ninguna otra disposición del CEDH pueden interpretarse como garantía del derecho a la concesión de un tipo particular de permiso de residencia, siempre que la solución ofrecida por las autoridades permita a la persona interesada ejercer sin obstáculos su derecho al respeto por la vida familiar (*BAC c. Grecia*, apartado 35). En particular, en cuanto a la reunificación familiar se refiere, el grado de obligación de los Estados de admitir en su territorio a los familiares de las personas que residan allí variará según las circunstancias particulares de las personas involucradas y el interés general (*Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido*, apartados 67-68; *Gül c. Suiza*, apartado 38; *Abmut c. los Países Bajos*, apartado 63; *Sen c. los Países Bajos*; *Osman c. Dinamarca*, apartado 54; *Berisha c. Suiza*, apartado 60)⁶³.

Por ello, el derecho a la vida familiar de aquellos textos internacionales está en juego, a través del mandato constitucional a los poderes públicos de proteger a la familia, en la ejecución de las decisiones estatales de las que resulta la entrada, estancia y salida del territorio nacional de los extranjeros, existiendo “arraigo familiar”⁶⁴, que funciona como límite a la denegación de entrada y a la expulsión de los extranjeros, decisiones en las que queda también concernido el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales —y administrativas sancionadoras—, reforzada por aquel derecho —y la jurisprudencia del TEDH sobre el mismo⁶⁵— que se traslada, como he dicho, a los intereses constitucionales protegidos por el artículo 39.1 CE, y en especial al interés superior del menor (art. 39.2 y 4).

El TEDH ha señalado que del artículo 8 del CEDH no se deriva un derecho absoluto del extranjero a no ser expulsado, pero exige razones muy serias para justificar la expulsión de un migrante establecido que ha pasado legalmente todo o la mayor parte de su niñez y juventud en un país de acogida (*Maslov c. Austria*, apartado 75), siendo necesario examinar el interés superior y el bienestar de los hijos menores —distinto es el caso de los hijos adultos con familia propia— en la entrada, residencia y expulsión de una madre o un padre y la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y con el país de destino, incluida la dificultad de regresar al país de origen del padre (*Üner c. los Países Bajos*, Gran Sala, apartado 58; *Udeb c. Suiza*, apartado 52; *Jennessé c. los Países Bajos*, cit., apartados 117-118)⁶⁶.

⁶³ *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to respect for private and family life, home and correspondence*, cit., págs. 59 y ss.

⁶⁴ SSTC 46/2014, de 7 de abril, FJ 6, a propósito de la denegación de una solicitud de renovación de un permiso de trabajo y consiguiente situación de irregularidad sobrevenida; 140/2009, de 15 de junio, FJ 6; 131/2016, FJ 6, cit.; y 201/2016, de 28 de noviembre, FJ 3, sobre decisiones administrativas y judiciales de expulsión de extranjeros y prohibición de entrada en el territorio nacional sin ponderar las circunstancias familiares y de arraigo (art. 57.2 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero); 29/2017, de 27 de febrero, FFJJ 3 y 5, sobre expulsión del territorio nacional de nuevo sin ponderar la existencia de arraigo familiar.

⁶⁵ SSTEDH de 2 de agosto de 2001, *Boullif c. Suiza*, de 17 de abril de 2003, *Yilmaz c. Alemania*; de 10 de abril de 2012, *K.A.B. c. España*.

⁶⁶ *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to respect for private and family life, home and correspondence*, ibid.

En similares términos se ha pronunciado el TJUE a propósito del respeto del derecho a la vida familiar en relación con nacionales de terceros Estados vinculados con ciudadanos de la Unión⁶⁷.

La obligación constitucional de protección integral de la familia obliga a las decisiones administrativas y judiciales de expulsión de los extranjeros del territorio nacional a ponderar las circunstancias personales y de arraigo familiar de los afectados y a asegurarles las debidas garantías procesales, pues su expulsión conlleva un sacrificio para “la convivencia familiar”, de la vida familiar, que ha de ser proporcional a la finalidad de asegurar el orden público y la seguridad ciudadana⁶⁸.

III. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA, DE LOS HIJOS, DE LAS MADRES Y DE LOS NIÑOS

1. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

No existe en la Constitución un derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia, aunque alguna sentencia del Tribunal Constitucional así lo haya calificado⁶⁹. En otras ocasiones, el Tribunal Constitucional se ha referido a la noción de “intereses constitucionales”⁷⁰, que la interpretación constitucional moderna emparenta con los derechos fundamentales. La protección de la familia integra un principio –o un conjunto de principios- rector de la política social y económica, que tiene, como todos los de su género, una especial virtualidad interpretativa del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Estos principios se traducen, como es bien sabido, en encomiendas o encargos a los poderes públicos, a todos los poderes públicos, cada uno en su ámbito de actuación, de dar protección a la familia, y especialmente a los hijos durante su minoría de edad, con independencia de su filiación, y a las madres, con independencia de su estado civil, así como a los niños, en el caso de los apartados 1 a 4 del artículo 39, que han de inspirar la legislación positiva, la practica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE). De estos mandatos constitucionales de protección a la familia y a la infancia no resulta directamente la vulneración de derechos fundamentales, susceptibles de amparo ordinario y constitucional; sí, de su relación con otros preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales, como el artículo 14 y los derechos a la igualdad jurídica y a no padecer discriminación, o el artículo 18.1 sobre el derecho a la intimidad familiar. Naturalmente, estos mandados constitucionales pueden dar lugar a procesos de control constitucionalidad de la ley si el legislador vulnera el núcleo de la institución familiar.

En efecto, y con mayor precisión, la jurisprudencia constitucional ha aplicado la noción de garantía institucional, como ya quedó dicho, al mandato constitucional de protección de la familia y, señaladamente, de los hijos, al ser la familia una institución privada en la que se inserta “un interés público evidente”⁷¹, y que posee “un reducto indisponible o núcleo esencial” a cuya preservación – “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”- la Constitución obliga⁷².

Tampoco existe en la Constitución, como se dijo, un concepto de familia, que no se identifica con el matrimonio, ni con los hijos, ni, existiendo hijos, con el hecho físico de la convivencia de sus miembros, de modo que desaparezcan las obligaciones de protección de los poderes públicos y los deberes de asistencia de los progenitores hacia sus descendientes no convivientes.

⁶⁷ SSTJUE de 29 de abril de 2004, C- 482/01 y C-493/01, *Orfanopoulos et al. y Oliveri*, EU:C:2004:262; de 19 de octubre de 2004, Gran Sala, C-200/02, *Zhu y Chen*, EU:C:2004:639; de 31 de enero de 2006, Gran Sala, C-503/03, *Comisión c. España*, EU:C:2006:74; de 25 de julio de 2008, C- 127/08, *Metock et al.*, EU:C:2008:449; de 2 de mayo de 2008, Gran Sala, C-331/16 y C-366/16, *K. y H.F.*, EU:C:2018:296; de 8 de mayo de 2008, Gran Sala, C-82/16, *K.A. et al.*

⁶⁸ STC 131/2016, cit., FJ 6.

⁶⁹ STC 29/2017, cit., FFJJ 3 y 5, cit. Esa calificación está en la demanda de amparo en el caso de la STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 1, lo que el Tribunal rechazó “a radice” y su condición de “amparable” (FJ 3).

⁷⁰ SSTC 131/2016, cit., FJ 6.; 201/2016, cit., FJ 3.

⁷¹ STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4.

⁷² 116/1999, de 17 de junio, FJ 13, con cita de decisiones anteriores.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que del artículo 39.1 no se deduce el deber de los poderes públicos de proteger indiferenciadamente a todo tipo de unidades familiares –el precepto constitucional no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes–, pues el legislador, en ejercicio de su poder democrático de configuración, puede establecer diferencias de régimen jurídico según criterios que resulten razonables, proporcionados y no afectantes del núcleo esencial de la familia como institución constitucionalmente garantizada, ni a la igualdad jurídica ni a la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza (art. 14).

2. PROTECCIÓN JURÍDICA, SOCIAL Y ECONÓMICA DE LA FAMILIA

Hay en el artículo 39 de la Constitución contenidos objetivos dignos de protección, correspondiendo al legislador su desarrollo, lo que hará el legislador civil, sustantivo y procesal, para deparar la debida protección jurídica a la familia, regulando los derechos y obligaciones entre sus miembros, la asistencia de todo tipo que los progenitores deben prestar a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que sea precisa. Ha de disponer el legislador las técnicas procesales adecuadas para la defensa judicial de los derechos de la familia y de sus miembros, la preservación de cuyas necesidades “vitales”, del beneficiario y de su familia, mide el concepto constitucional relativamente abierto o indeterminado de “insuficiencia de recursos para litigar” (art. 119 CE), que da derecho a la asistencia jurídica gratuita, derecho fundamental instrumental al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, a fin de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta acreditada de recursos económicos⁷³.

La protección social y económica de la familia demanda medidas de otros órdenes jurídicos sectoriales (educativo, laboral, funcionarial, sanitario, de seguridad social, de asistencia social, subvencional, tributario, procesal, penal...).

La “protección social”, como noción de alcance inespecífico, aparece sólo en la Constitución en el apartado 1 de su artículo 39, y referida a la familia⁷⁴. Demanda esa protección, además de la actuación del legislador para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, el despliegue de una acción administrativa prestacional, ineludiblemente de carácter público en relación con el carácter social del Estado (art.1.1 CE), que se sirve de las instituciones de seguridad social, de salud, de asistencia social y de los servicios sociales. Y no sólo –el adjetivo “social” es de amplio alcance–, también de otros sectores del ordenamiento y decisivamente de la legislación laboral y sobre empleo público y sobre el trabajo autónomo.

En efecto, en la regulación de las relaciones laborales y funcionariales, y con menor presencia en la regulación del trabajo autónomo, hay, desde hace algunas décadas, normas que se destinan a cumplir el mandato constitucional de protección a la familia. Aquí se insertan los denominados derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, que serán analizados más adelante.

La “protección económica” de la familia no obliga a que se dispense a través de medidas de determinada naturaleza, ni, en concreto, a través del sistema tributario, ni, menos aún, exige que el legislador adopte determinados tratamientos fiscales destinados a esa protección, que, de adoptarlos en uso de su libertad, serán legítimos. Pero sí reclama el respeto de un mínimo vital de subsistencia (renta vital de subsistencia individual y, en su caso, de la unidad familiar, en la definición de la renta disponible), inmune a la acción tributaria, que permita a las personas satisfacer sus necesidades más básicas propias de una existencia digna y a los poderes públicos proteger a la familia, y la observancia del derecho de igualdad, que impide tratamientos más gravosos a quienes se integren en una unidad familiar⁷⁵, y a las familias numerosas. De modo que, si el legislador opta por garantizar esa protección

⁷³ SSTC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3; 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4; 136/2016, de 18 de julio, FJ 4; 35/2017, de 1 de marzo, FJ 5.

⁷⁴ STC 128/2016, de 7 de julio, FJ 9.C).

⁷⁵ Bien conocido es el supuesto de la STC 209/1988, de 10 de noviembre, seguida de la STC 45/1989, de 20 de febrero, que declaró la inconstitucionalidad, entre otros, del precepto de la Ley del IRPF de 1988, que ordenaba el régimen de acumulación de rentas y no permitía la declaración separada de los cónyuges por producir una discriminación fiscal por el (...)

con medidas tributarias, debe observar el derecho fundamental de igualdad ante la ley tributaria – igualdad en el cumplimiento del deber de contribuir a las cargas públicas según la capacidad económica (arts. 14 y 31.1 CE)-, absteniéndose de establecer discriminaciones injustificadas entre sus posibles destinatarios⁷⁶. En dos ejemplos bien conocidos, es injustificado, e inconstitucional por tanto, atribuir el derecho a practicar la reducción en el IRPF por los gastos que genera el mantenimiento de los descendientes (deducción por el mínimo familiar), no por soportarlos efectivamente, sino por ser convivientes con el sujeto pasivo del impuesto⁷⁷, o establecer una “política social” de protección a la “familia directa” –mediante la bonificación de la cuota tributaria del impuesto sobre sucesiones y donaciones- que deja fuera de la bonificación legalmente establecida a miembros de la “familia directa” por razón de su residencia fuera de una Comunidad Autónoma⁷⁸. Genéricamente, no son conformes con la Constitución las decisiones judiciales que hagan inefectiva “la finalidad constitucional de asegurar la protección económica de la familia”⁷⁹.

Las relaciones de trabajo dentro de la familia no pueden merecer un trato fiscal distinto al de las demás relaciones de trabajo a efectos de observar el principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos del Estado (art. 31.1 CE). Ni la existencia de un vínculo matrimonial o familiar impide que los contratos de trabajo desplieguen sus efectos, ni sitúa al cónyuge e hijos en una situación especial en la empresa, que pueden realizar un trabajo auxiliar o un trabajo directivo o un trabajo ordinario y sustituir perfectamente a otros trabajadores sin vínculo familiar con el empresario. En definitiva, los contratos de trabajo celebrados entre el empresario, su cónyuge e hijos carecen de peculiaridades que puedan fundamentar un trato distinto en el impuesto de la renta de las personas físicas respecto de los contratos de trabajo celebrados con terceros –se recordará que la pareja de hecho del empresario es un tercero a efectos de la calificación del trabajo como familiar-, sin que ello signifique incumplir el mandato constitucional de protección a la familia. En consecuencia, las retribuciones satisfechas por el empresario a su cónyuge e hijos han de recibir igual tratamiento fiscal que las de los terceros, siendo irrelevantes a estos efectos las relaciones del Derecho de familia⁸⁰.

Sin embargo, a caballo entre la protección social y la económica, la política subvencional a la contratación laboral indefinida –aunque no sólo- ha venido excluyendo tradicionalmente la contratación de familiares de las exenciones o reducciones de las cuotas empresariales a la seguridad social. Esta disparidad de trato encuentra su justificación en la desincentivación del recurso al trabajo familiar asalariado en beneficio de su organización como trabajo autónomo y de la contratación laboral de terceros. Pero la razonabilidad de esa justificación se resiente en una consideración actual del trabajo “asalariado” entre familiares, que ha perdido su conexión de sentido con su antigua exclusión legal –o con la presunción *iuris tantum* de la misma- debida a la negación de la condición de ajeno -y de la consiguiente ajenidad del trabajo- del empresario familiar respecto de su cónyuge y de su familia convivientes. Y no es proporcionada en sus efectos en relación con el mandato constitucional de protección social y económica de la familia.

Bastará un ejemplo. La disposición adicional vigesimoprimera del ET destina reducciones en las cotizaciones empresariales a la seguridad social por contingencias comunes a los contratos de interinidad celebrados con beneficiarios de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, que lleven más de un año como perceptores, para sustituir a trabajadores que hayan solicitado una excedencia para el cuidado de hijos y familiares (párrafo primero). En su párrafo segundo excluye de la aplicación de dichos beneficios a “las contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado

hecho de haber contraído matrimonio. Pero, a efectos del impuesto, no cabe la construcción por los sujetos pasivos de escisiones familiares artificiales: SSTC 47/2001, de 15 de febrero; 212/2001, de 29 de octubre; 21/2002, de 28 de enero; 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5, y las anteriores allí citadas.

⁷⁶ STC 77/2015, cit., FJ 3.b).

⁷⁷ STC 19/2012, cit., FJ 5.

⁷⁸ STC 80/2015, de 18 de marzo.

⁷⁹ En el caso, de las familias numerosas: STC 77/2015, FJ 4.

⁸⁰ SSTC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 6; 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 6.

inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y las que se produzcan con estos últimos”. Si los trabajadores familiares asalariados cumplen las condiciones exigidas a cualquier trabajador, la exclusión de sus contrataciones de las reducciones en las cotizaciones a la seguridad social previstas para las contrataciones de terceros les depara un tratamiento desincentivador y más gravoso que no se compadece con la protección constitucional de la familia

Con carácter general, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, excluye de las bonificaciones que prevé para fomentar el empleo a las contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos. A excepción de que el empleador sea un trabajador autónomo que contrate como trabajador por cuenta ajena a los hijos menores de treinta años, tanto si conviven o no con él, o cuando se trate de un trabajador autónomo sin asalariados, y contrate a un solo familiar menor de cuarenta y cinco años, que no conviva en su hogar ni esté a su cargo (art. 6.2).

En cambio, la configuración del trabajo familiar como autónomo es la opción preferida por el ordenamiento. Además de la excepción que acaba de ser señalada, el trabajador autónomo percibe bonificaciones en las cuotas a la seguridad social por altas de familiares –cónyuge, pareja de hecho y familiares por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción- colaboradores de trabajadores autónomos y reducciones en dichas cuotas a favor de determinados familiares –cónyuge y descendientes, con exclusión aquí de la pareja de hecho- del titular de la explotación agraria (arts. 35 y 37 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo). Lo que, sin duda, es coherente con el mandato constitucional de protección social y económica de la familia, aunque no lo sea promocionar el trabajo autónomo familiar y desincentivar el trabajo familiar asalariado. La vieja identificación del trabajo familiar con el trabajo autónomo, que sigue luciendo hoy en el artículo 1, párrafo segundo, de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo, y las prevenciones frente al trabajo familiar en régimen de ajenidad y subordinación que muestra el artículo 1.3.e) del ET, han quedado superadas por los cambios sociales, al tiempo que los valores constitucionales de protección a la familia alcanzan a todas las familias, con independencia de que sus miembros trabajen en uno y otro régimen jurídico, no pudiendo recibir las que lo hacen bajo el régimen del ET un trato desfavorable respecto de otros empresarios y trabajadores por cuenta ajena por su vinculación familiar.

Lo que, finalmente, nos conduce a plantearnos la cuestión de si los derechos de conciliación de la vida familiar y personal de los trabajadores pueden cumplir su función y ser ejercidos en los supuestos de prestación de trabajo familiar. La respuesta es sencilla, Nada impide conciliar la vida familiar con el trabajo familiar, asalariado y autónomo, según sus respectivos regímenes legales⁸¹. Los trabajadores familiares pueden tener vida familiar y precisar de esos derechos para atender sus responsabilidades familiares.

Fuera del trabajo asalariado familiar quedan los miembros de las uniones de hecho, aunque no, naturalmente, cada uno de ellos respecto de sus descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

⁸¹ En el régimen del trabajo autónomo mediante el derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, en los términos previstos en la legislación de la Seguridad Social, además de las actividades bonificadas de conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación, y de la adaptación posible del horario y las interrupciones justificadas de la actividad profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente [arts. 4.3.g), 30, 14.4 y 16.1.b) del Estatuto del trabajo autónomo].

3. LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS HIJOS Y DE LAS MADRES Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR NACIMIENTO Y POR ESTADO CIVIL

El mandato de protección integral de los hijos del artículo 39.2 de la Constitución hace prevalente el interés del menor, prevalencia o superioridad del interés del menor sobre el de sus progenitores sobre el que hay un continuo razonar de la jurisprudencia constitucional en los distintos ámbitos materiales y procesales de actuación de los poderes públicos, con base en la Convención de los derechos del niño y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Una doctrina constitucional tan constante que convierte su cita en ociosa ha señalado que todos los poderes públicos deben velar por el superior interés y el beneficio de los menores de edad, en cumplimiento de este precepto constitucional y del artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niños, que recoge la “consideración primordial” del “interés superior del niño” como principio general de actuación de los órganos legislativos, de las autoridades administrativas y de los tribunales, además de las instituciones públicas o privadas de bienestar social.

La protección de los hijos es igual con independencia de su filiación, por naturaleza o biológica (matrimonial o extramatrimonial) o por adopción (art. 108 del Código civil), e igual es la protección debida a las madres con independencia de su estado civil, lo que enlaza con la discriminación proscrita en el artículo 14 de la Constitución por motivo de nacimiento y por sexo femenino y por cualquier otra circunstancia personal o social. Si el artículo 39.2 de la Constitución contiene una remisión implícita a su artículo 14, la prohibición de discriminación por nacimiento de este precepto opera con el trasfondo de aquél, del artículo 39.2 y 3, que obliga a los poderes públicos a brindar una protección a los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y ordena a los padres prestar asistencia completa a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio. En caso contrario, se producirá la discriminación prohibida, pues la filiación, que tampoco la Constitución define, dejando un amplio espacio al legislador, “no admite categorías jurídicas intermedias”⁸². La Constitución reacciona aquí frente a la posición de desventaja y de desigualdad sustancial que históricamente han padecido las relaciones extramatrimoniales, las madres y los hijos nacidos de ellas, y el desvalimiento de los hijos, cuya filiación y condición de habidos dentro o fuera del matrimonio o por adopción es el resultado de decisiones ajenas a los mismos⁸³.

En cuanto a la investigación de la paternidad, que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona, del hijo en relación con el conocimiento de su identidad y del padre como proyección de la persona, y que la ley ha de hacer posible, se dirige a constituir vínculos de derechos y obligaciones propios de la relación paterno-filial entre los afectados. Remito a P. CACHÓN para el tratamiento detallado por la jurisprudencia constitucional de la negativa del presunto padre a someterse a la prueba biológica acordada, de la legitimación y plazo para interponer las acciones judiciales de impugnación de la paternidad por el “marido” y de reclamación de la filiación no matrimonial por el progenitor biológico no respaldada por la posesión de estado, así como de investigación de la paternidad por los hijos en casos de reproducción asistida⁸⁴.

⁸² STC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 4, y demás jurisprudencia allí citada, que es abundante.

⁸³ La STC 200/2001, de 4 de octubre -siguiendo a la STC 46/1999, de 22 de marzo⁸³- declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la norma -del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas de 1987- que condicionaba la pensión de orfandad de los hijos adoptivos a la supervivencia del adoptante al menos durante dos años desde la adopción por discriminatoria por razón de nacimiento y vulneradora del mandato constitucional de asegurar la protección integral de los hijos con independencia de su filiación (arts. 14 y 39.2 CE). La STC 154/2006, de 22 de mayo, también consideró que incurría en discriminación indirecta por razón de nacimiento la interpretación judicial -y del Tribunal Supremo- que negaba a los hijos extramatrimoniales el incremento de la indemnización especial a tanto alzado, en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, en favor de los huérfanos con derecho a pensión de orfandad, no existiendo cónyuge superviviente con derecho a pensión de viudedad ni a esta indemnización especial por inexistencia de vínculo matrimonial con el causante. La exigencia de orfandad absoluta para reconocer el derecho a acrecer la indemnización de orfandad producía una desigualdad sustancial a los hijos extramatrimoniales, que la citada sentencia desautorizó con una serie de consideraciones de obligada lectura y atención acerca de la interpretación de la legalidad cuando exista una alternativa más favorable a la igualdad y a la no discriminación, que los órganos judiciales han de seguir, incurriendo en caso contrario en una aplicación de la ley que el artículo 14 de la Constitución no consiente.

⁸⁴ *Op. cit.*, págs. 1014-1019.

El deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, comprende el derecho de los hijos a ser sostenidos, cuidados y atendidos por sus progenitores. A este deber sirve el derecho fundamental del trabajador a una remuneración suficiente para atender a sus necesidades y a las de su familia (art. 35.2 CE). Y los derechos legales de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores trabajadores y funcionarios públicos.

4. LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y DE LOS MAYORES

La protección de los niños es la prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y, al igual que la protección integral de los hijos que los poderes públicos han de asegurar, el interés superior del niño ha de ser tomado como consideración prevalente en todos los actos que les conciernan, se lleven a cabo por autoridades públicas, administrativas o judiciales, o por instituciones privadas.

La remisión específica del apartado 4 del artículo 39 de la Constitución a los acuerdos internacionales lo es, además de a la ya citada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, al Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993, a los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos (art. 24) y de derechos económicos, sociales y culturales (art.10.3), a la Carta europea de los derechos del niño, proclamada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992, y a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 24).

Esta última Carta, siguiendo a la Convención de Nueva York, acoge expresamente el derecho de los niños a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, y a expresar libremente su opinión, que ha de ser tenida en cuenta en los asuntos que les afecten, según su edad y madurez. Destina un apartado propio a declarar el derecho de los niños a las visitas de sus progenitores, esto es, a mantener con ellos “de forma periódica relaciones personales y contactos directos [...], salvo si ello es contrario a sus intereses” (art. 24.3)

La situación de bienestar de las personas mayores frente a su desamparo y vulnerabilidad es responsabilidad de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho, que han de garantizarles una vida digna e independiente y su plena participación, en condiciones de libertad e igualdad reales, en la vida económica, cultural y social mientras sea posible (arts. 9.2 CE y 25 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea). Los poderes públicos han de desarrollar también un sistema de servicios sociales para atender sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio (art. 50 CE), que constituye una de las bases fundamentales de ese Estado social, aunque también esa atención se incardine en el ámbito de las “obligaciones familiares” de cuidado de sus miembros más desprotegidos. Esas obligaciones familiares, para ser cumplidas, precisan de la protección jurídica, social y económica de la familia (art. 39.1 CE). La contingencia de dependencia tiene que ser tratada como una verdadera situación de necesidad en el siglo XXI, con una esperanza media de vida creciente, que ha de merecer la protección de la seguridad social.

En suma, los preceptos del artículo 39 de la Constitución, interrelacionados entre sí, ordenan medidas de protección para la familia, cualquiera que ésta sea, y para colectivos desprotegidos, como los menores y las madres, que se extienden a las familias en que se integran⁸⁵.

Al cumplimiento de esos deberes de asistencia de todo orden de los progenitores hacia sus hijos y de esos cuidados familiares, a los menores y a las personas de edad avanzada, sirven los derechos legales de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y empleadas públicas. Los derechos conciliatorios protegen la vida familiar de los trabajadores *lato sensu*, hombres y mujeres, y juegan un papel destacado en los deberes de cuidado en favor de hijos y familiares.

⁸⁵ STC 271/2015, cit., FJ 6.

IV. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

1. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y SU FUNCIÓN INSTITUCIONAL; LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JUDICIAL; LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD FAMILIAR Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

En el tránsito al siglo XXI y ya en el nuevo siglo, los textos legales, europeos y nacionales, partiendo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, establecieron los llamados derechos de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras para favorecer el reparto igualitario de responsabilidades familiares y contribuir a evitar la discriminación por sexo y género de las mujeres en el trabajo remunerado y en los distintos planos de la vida por el cumplimiento de sus roles propios. Son derechos de titularidad indistinta y compartida por mujeres y hombres, a excepción, en la legislación española, de los relacionados con el embarazo, la maternidad biológica (el permiso de maternidad de seis semanas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre y la cesión de parte o del restante hasta dieciséis semanas ininterrumpidas al otro progenitor por la madre para su disfrute simultáneo o sucesivo) y la lactancia natural, atribuidos exclusiva u originariamente a las mujeres (art. 48. 4 y 8 ET), y el permiso de paternidad en caso de maternidad biológica, que corresponde en exclusiva “al otro progenitor” (art. 48.7, párrafo segundo, ET).

Los derechos legales de conciliación encuentran su razón de ser en el reparto de los tiempos de trabajo y vida (personal y familiar) de las personas trabajadoras⁸⁶ y la lógica que los inspira es la de la corresponsabilidad de las tareas familiares y domésticas entre los sexos para terminar con el papel tradicional de la mujer y del hombre en la sociedad y en la familia. Se trata de que hombres y mujeres compartan su tiempo de trabajo con su tiempo de cuidados familiares y de necesidades vitales, rompiendo la tradicional separación del “mundo del trabajo remunerado masculino” del “mundo del no trabajo femenino” en el que la organización social patriarcal ha situado las tareas reproductivas y de cuidados familiares y domésticos. Su reconocimiento legal proviene del hecho notorio de que la maternidad y el tiempo de vida familiar penaliza a las mujeres trabajadoras. De esta premisa ha derivado la consecuencia de que era preciso adoptar medidas para impedir ese efecto y la consolidación de la división sexista de las responsabilidades familiares. De ahí su atribución a los hombres.

De su inicial carácter instrumental del derecho fundamental a no padecer discriminaciones en el trabajo por causa del sexo femenino los derechos legales de conciliación han pasado a situarse en eje central de la igualdad real y efectiva de las mujeres y los hombres en la vida social y en el corazón de las relaciones laborales, privadas y públicas. No es posible mantener en la actualidad una concepción residual de estos derechos, pues demostrado está que las tareas de cuidado familiar de que se hacen cargo mayoritariamente las mujeres producen como resultado la pérdida de la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, incentivan la interrupción de sus carreras profesionales que quedan irremediablemente cortadas o limitadas, reducen sus retribuciones y potencian la desocupación femenina y la menor integración de las mujeres en el mundo del trabajo. Lo que no significa desconocer que su ineffectividad plantea problemas de indudable entidad, entre ellos, la reproducción de la situación discriminatoria e injusta que buscan modificar. Su feminización en la práctica –conclusión que se alcanza con un mínimo proceso indagatorio–, alejada de la finalidad de estas instituciones de actuar contra la división sexista de las tareas de cuidado familiar, compromete gravemente los derechos de las mujeres trabajadoras a la igualdad y a no padecer discriminación por sexo, discriminación que resulta incluso agravada por el denominado “estigma de la flexibilidad”.

⁸⁶ Me limitaré, en la exposición que sigue, a los derechos de conciliación de los trabajadores por cuenta ajena y subordinados, aunque las reflexiones sean de alcance general, a los trabajadores autónomos y a los empleados públicos.

Huelga recordar que el legislador español incorporó estos derechos a nuestro ordenamiento por medio de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, favorecer la participación de los hombres en la vida familiar y lograr un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares. Con fundamento en los artículos 39.1 y 9.2 de la Constitución, incorporó a nuestro ordenamiento interno normas mínimas de las ya citadas Directivas del Consejo 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 período de lactancia, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental entre la UNICE, el CEEP y la CES, después derogada por la ya citada Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, que no ha merecido normas específicas de transposición a nuestro ordenamiento interno, pese a fijar un plazo para ello “a más tardar el 8 de marzo de 2012” (art. 3.1)⁸⁷.

La posterior Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que parte de los artículos 14 y 9. 2 de la Constitución y transpuso también Directivas de igualdad de trato entre hombres y mujeres⁸⁸, añadió un nuevo ámbito material a la conciliación de tiempos, la vida personal, y reforzó los derechos ordenados al fin de fomentar una mayor corresponsabilidad de los hombres en la asunción de obligaciones familiares. Fijó su objeto en hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sancionó el principio de igualdad de trato entre los géneros como principio jurídico integrador y transversal de nuestro ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento debe traducirse en la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (arts. 1, 3 y 4).

En ulteriores etapas las nuevas voluntades legislativas no han caminado al unísono con las pasadas, salvo en el reconocimiento indistinto de estos derechos a trabajadores y a trabajadoras, obligado cuando ha sido necesario por las decisiones del TJUE, aunque la jurisprudencia constitucional española hubiese dicho otra cosa. Los derechos se ostentan por unos y otras, pero su ejercicio sigue siendo mayoritariamente femenino. Las dificultades de ejercicio, de las que existen muestras más que suficientes en la jurisprudencia, constitucional y ordinaria, y en la doctrina judicial, llevaron al legislador a tratar de limitar la elección de la reducción de jornada a la “jornada de trabajo diaria” y a fijar su concreción horaria en la “jornada ordinaria” para así separar esa reducción y la acomodación del tiempo de trabajo de la elección de turno en el sistema de trabajo a turnos. Ese intento de correlación con la doctrina judicial tuvo lugar mediante la reforma del primer párrafo del apartado 5 y el apartado 6 del artículo 37 del ET de 1995 por la Ley reformadora 3/2012, de 6 de julio⁸⁹.

La crisis económica y la política de contención del gasto público condujeron asimismo a reformar la regulación del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad, que afectó a los permisos de los funcionarios públicos y del personal laboral.

Las normas legales que regulan estos derechos no pertenecen al Derecho de familia, como es patente. No son normas sobre la organización de la familia. Son normas de la legislación laboral,

⁸⁷ Por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES. Cuya derogación, a su vez, prevé la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, COM(2017) 253 final, Bruselas, 26.4.2017.

⁸⁸ Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro; y Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (disposición final cuarta).

⁸⁹ Precedida del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, que, en cambio, no se ocupó de transponer la Directiva 2010/18/UE.

aunque su fin sea proteger a la familia incidiendo en una distribución equitativa de las responsabilidades familiares entre los hombre y las mujeres. Regulan no cabe duda, condiciones de trabajo para hacer compatible éste con la vida familiar y personal de los trabajadores, que técnicamente se incorporan inicialmente a los contratos de trabajo, o se presentan como modificaciones de los mismos, como medidas de “flexibilidad interna” a instancia del trabajador o de la trabajadora.

Estos derechos legales, o en su caso convencionales colectivos, poseen una dimensión o trascendencia constitucional, según reitera la jurisprudencia constitucional, lo que no puede ser conducido al plano de la irrelevancia o de la trivialización por la observación de que, de alguna manera, todos los derechos tienen una dimensión constitucional. Que esto sea así no resulta, por sí sólo, suficiente para explicar la operación, de primera magnitud, llevada a cabo por la jurisprudencia constitucional de la que cabe destacar, como puntos capitales, en primer lugar, la fundamentación de estos derechos en la Constitución, en los derechos fundamentales a la no discriminación por sexo -¿femenino?- y por circunstancias personales y familiares (art. 14 CE) y en el principio constitucional de protección pública a la familia y a la infancia y de responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a los hijos menores de edad (art. 39 CE)⁹⁰; y, consiguientemente y en segundo lugar, el reconocimiento de la virtualidad de estos derechos para “dirigir” la aplicación de la legalidad ordinaria, pues han de “prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa” en su ejercicio concreto, ya que el logro efectivo de la conciliación tiene una “dimensión constitucional”, sirve a “fines de relevancia constitucional” o “constituye una finalidad de relevancia constitucional”⁹¹.

Los derechos que el legislador reconoce para hacer compatible la vida familiar con la laboral responden, pues, a “principios y exigencias de relieve constitucional”⁹². Son derechos legales relacionados con bienes o valores constitucionalmente relevantes, como, en lo que aquí importa, el cuidado de los hijos y mayores y la protección de la familia.

Por ello, y con la perspectiva de los derechos y bienes constitucionales afectados, son medida para determinar la legitimidad de las negativas empresariales, o de las limitaciones impuestas a su ejercicio, en las relaciones contractuales laborales –o funcionariales en relación con las Administraciones Públicas- a través del examen de la razón o argumento empresarial justificativo de su negación o limitación. Y estando en juego derechos fundamentales sustantivos como los derechos a la igualdad y a la no discriminación y bienes y valores constitucionales también sustantivos, y no sólo el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, al órgano judicial –y ulteriormente al Tribunal Constitucional, actuando sobre la resolución judicial confirmatoria de la empresarial- no le bastará comprobar la razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión empresarial justificada en asegurar el funcionamiento de la empresa y la mejora de su productividad, sino que ha de indagar en si resulta conforme con los derechos, valores y bienes constitucionales que estos derechos satisfacen o si, por el contrario, es desconocedora de “la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad”⁹³, lo que acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la decisión judicial que convalida la decisión empresarial. Una especie, pues de juicio de proporcionalidad (de necesidad, adecuación y proporcionalidad), de modo que las medidas limitativas empresariales, amparadas en los derechos fundamentales de propiedad privada y libertad de empresa del empresario (arts. 33 y 38), sean las estrictamente imprescindibles en su afectación a la efectividad de los derechos de conciliación, lo que hace obligada la ponderación judicial. En otros términos, la trascendencia constitucional de estos derechos legales o convencionales colectivos se desplaza a la de las controversias sobre su titularidad y ejercicio. Este es el núcleo básico del análisis constitucional. Así lo confirma la jurisprudencia constitucional, que marca también aquí la evolución de la protección

⁹⁰ STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 5.

⁹¹ SSTC 203/2000, de 24 de julio, FJ 4; 3/2007, FJ 6, cit.; 26/2011, de 14 de marzo, FFJJ 5 y 6; 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 6.

⁹² STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 4.

⁹³ STC 203/2000, FJ 4, cit.

debida a la institución familiar como consecuencia de la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo.

En suma, las controversias sobre estos derechos no se reducen a una mera cuestión de aplicación del precepto legal o convencional colectivo que regula la institución desde una perspectiva de estricta legalidad. Su decisión judicial ha de atender a las circunstancias concurrentes y “sobre todo” a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual, restrictivo o negativo.

Procede una brevísima puntualización sobre el difícil entrelazamiento de los planos de la constitucionalidad y de la legalidad. Dice el Tribunal Constitucional—y es constante en su jurisprudencia— que no le corresponde interpretar la legalidad ordinaria, función de los jueces y tribunales ordinarios (art. 117.3 CE), pero sí le compete la interpretación constitucional de la ley, canon que en ocasiones ha rebajado a la “supervisión externa de la razonabilidad de las resoluciones judiciales recurridas” para determinar la conformidad o no con la Constitución de su interpretación judicial de las disposiciones legales y reglamentarias (con el parámetro del art. 24.1 CE)⁹⁴. Sin embargo, cuando los derechos legales incorporan bienes constitucionalmente relevantes —e incluso en aquellos casos— el canon externo de razonabilidad se comporta como un canon de enjuiciamiento constitucional completo, que concluye en la necesidad de que la interpretación de la legalidad por los órganos de la jurisdicción ordinaria incorpore los derechos y valores constitucionales (arts. 14 y 39 CE).

Las decisiones judiciales han de satisfacer las exigencias de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto y encontrar criterios practicables que permitan su —valga la redundancia— conciliación de las medidas de compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores y las necesidades empresariales. Y al Tribunal Constitucional compete verificar, en el marco del recurso de amparo, si los órganos judiciales han ponderado adecuadamente en el caso concreto los derechos en juego, rechazando aquellas resoluciones judiciales que ni siquiera han tenido consideración de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación o han producido su restricción injustificada y desproporcional; a la postre, un canon de proporcionalidad.

En las SSTC 3/2007 y 26/2011 se dijo que la queja de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al confirmar las decisiones judiciales las negativas empresariales a la reducción de jornada pretendida por la trabajadora y a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador, carecía de sustantividad propia y se reconducía al enjuiciamiento de la lesión del derecho fundamental sustantivo a la no discriminación (FFJJ 2 y 3, respectivamente). En ese enjuiciamiento el Tribunal no se limitó a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la interpretación judicial, sino si resultaba o no vulneradora del derecho fundamental alegado. No aplicó un canon reforzado de control que opera desde el artículo 24.1 CE, sino, en el caso de las sentencias citadas, desde el derecho a no sufrir discriminación que actúa desde el artículo 14 CE, de modo que la resolución judicial, además de estar motivada y fundada en Derecho, sea coherente con el derecho fundamental afectado y su argumentación axiológica sea respetuosa de su contenido.

El otorgamiento del amparo constitucional frente a decisiones judiciales precisa, en estos casos, de un mandato de retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para que los órganos judiciales dicten, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

En esta problemática cabe hacer una última consideración. En la medida en que en la ponderación judicial confluyen elementos personales, su acreditación no puede convertirse en un elemento regulador de las relaciones de pareja o familiares. Ciertamente es que la jurisprudencia constitucional ha facilitado ese entendimiento. Sin ir más lejos, la STC 26/2011 se explayó en la concreción de las circunstancias que debían haber ponderado los órganos de la jurisdicción social: obviamente las personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, y obviamente también el régimen de organización del trabajo en el centro en que aquél prestaba servicios. Además:

⁹⁴ STC 35/2014, de 27 de febrero, FJ 4.

el número de hijos del demandante, su edad, situación escolar, situación laboral de su cónyuge e incidencia en ella del rechazo de la petición de conciliación del demandante. Algún voto particular a la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la dificultad de ejecución de estos fallos constitucionales que demandan un excesivo intervencionismo próximo a un activismo judicial interviniente en la organización familiar⁹⁵. En la jurisdicción ordinaria no es raro que se exija a la trabajadora que desee acogerse a los derechos de conciliación acreditar, además de la situación profesional de su marido o pareja, el calendario laboral de éste, certificados de horas de guardería, sentencias de separación y divorcio y convenio regulador, régimen de visitas...

Se ha desembocado de este modo en una verdadera desconfiguración de los derechos de conciliación, que dejan de ser derechos individuales de los trabajadores para quedar sometidos a exigencias que su regulación legal no contempla y que limitan su ejercicio, produciéndose una indebida inversión de la carga de la prueba, pues es el empresario quien debe probar sus dificultades organizativas y productivas para justificar su negativa a aquel ejercicio, y no la persona trabajadora, titular del derecho, quien ha de demostrar una especie de necesidad insuperable de conciliación, revelando innecesariamente datos de su vida familiar al conocimiento ajeno. Por lo demás, quedan afectados aquí los derechos fundamentales de los trabajadores a la privacidad, a la intimidad personal y familiar y a la protección de datos de carácter personal (art. 18.1 y 4 CE).

2. UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA SOBRE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN, LA PERMANENCIA DE LA MUJER EN EL TRABAJO Y LA DIVISIÓN SEXISTA DE LAS TAREAS DE CUIDADOS FAMILIARES; EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MATERNIDAD BIOLÓGICA

El cambio normativo, también aquí, ha dejado arrumbada cierta jurisprudencia constitucional que había declarado la constitucionalidad de regulaciones legales anteriores que reconocían estos derechos exclusivamente a las mujeres⁹⁶.

La STC 109/1993 reconoció la legitimidad constitucional de la regulación legal que reservaba exclusivamente a las mujeres los permisos de una hora de ausencia del trabajo para la lactancia de los hijos menores de nueve meses, viendo en esa reserva una técnica compensatoria de las desventajas reales soportadas por las mujeres para conservar su empleo frente a los hombres, y sin dejar de reconocer las consecuencias negativas que podían desprenderse de las normas protectoras para la mujer trabajadora por significar un "obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones con los varones"⁹⁷. Los datos estadísticos ponían de relieve algo tan obvio como la existencia de "una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él" (FJ 6). La posterior STC 240/1999 vino asimismo a equiparar al embarazo o a la maternidad la desventaja que suponía la negativa administrativa a reconocer a las mujeres, funcionarias interinas, la excedencia para el cuidado de hijos, pues les ocasionaba una discriminación efectiva y real "respecto de [...su] permanencia en el mercado de trabajo" (FJ 7).

La STC 109/1993 partió de la STC 128/1987, que había legitimado las medidas de igualdad efectiva de trato y oportunidades en favor de la mujer. Ciertamente el legislador ya había cambiado el enfoque, y la propia STC 109/1993 destacó que el riesgo de las medidas laborales en favor de las mujeres radicaba en la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades

⁹⁵ Voto particular al ATC 1/2009, de 12 de enero.

⁹⁶ Sobre el permiso de lactancia (del art. 37.4 del ET original de 1980, antes de su reforma por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, que atribuyó el disfrute del permiso indistinto, por el padre o por la madre si ambos trabajaban), STC 109/1993, de 25 de marzo; sobre el descanso por maternidad (art. 48.4 del ET, en su versión reformada por la Ley 39/1999, anterior a su modificación por la Ley Orgánica 3/2007; y art. 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia de la función pública de Galicia de 1988, reformado en 2003, antes de su reforma de 2007), SSTC 75/2011, de 6 de junio; 152/2011, de 29 de septiembre.

⁹⁷ STC 109/1993, FJ 4.

familiares. Pero concluyó que ese riesgo no servía de fundamento para declarar la inconstitucionalidad de una ventaja dirigida a compensar la situación general desfavorable de la mujer en la relación de trabajo, haciendo compatible el trabajo de la mujer y el cuidado de su hijo recién nacido frente a la alternativa de abandonar el trabajo.

Por su parte, la STC 240/1999, ya cerrando el pasado siglo, volvió referirse al problema al formular una reflexión de carácter general, más allá del caso concreto que resolvía, en la que advertía de que el establecimiento de medidas de acción positiva protectoras exclusivamente de las mujeres no era el único medio de superar su persistente situación de discriminación, existiendo otras soluciones “más acordes con la necesidad de evitar la perpetuación de la división sexista de las labores familiares” (FJ 8)⁹⁸, sin indicar cuáles eran –no le correspondía-, aunque son fáciles de imaginar porque en su efectividad estamos aún empeñados: el desempeño de tareas de cuidado familiar por los hombres en corresponsabilidad con las mujeres. No obstante, en el limitado alcance del proceso de amparo, la declaración de vulneración del derecho de la recurrente a no ser discriminada indirectamente por razón de sexo y la anulación de las resoluciones judiciales y administrativas que le habían denegado su derecho a la excedencia para el cuidado de hijos por ser funcionaria interina reparaban su discriminación.

La STC 203/2000 no dejó de referirse a las modificaciones sociales derivadas del hecho de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo con las que vinculó la promulgación de la Ley 39/1999, y aplicó la doctrina de la STC 240/1999, derivando de la maternidad y la lactancia los obstáculos reales a la permanencia de las mujeres en el trabajo, obstáculos a cuya superación servía paradójicamente el derecho a la excedencia voluntaria de las mujeres para el cuidado de hijos.

El descanso por maternidad –suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto y derecho a la prestación de la seguridad social durante dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable a dos semanas adicionales por cada hijo en caso de parto múltiple y a dos semanas por hijo discapacitado, en la regulación del artículo 48.4 del ET- está cubierto por la prohibición de discriminación por sexo femenino, puesto que la discriminación por embarazo, parto y lactancia natural, “realidad biológica diferencial objeto de protección” que “deriva directamente del artículo 39.2 de la Constitución”⁹⁹, es una discriminación directa que ocasiona desventajas notorias a las mujeres para la conservación de su empleo y de sus derechos laborales y profesionales y de seguridad social, y que, por ello, permite ventajas y excepciones para las mujeres que no son discriminatorias para los hombres, conclusión que cuenta con una tan reiterada jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional que no es necesario citar.

Sí es necesario recordar que la jurisprudencia constitucional ha comprendido en la prohibición de tratamientos peyorativos debidos al sexo femenino los relacionados con el embarazo, el parto, la maternidad y la lactancia natural, que la Constitución protege tanto por su “valor intrínseco” vinculado a un sexo específico, como por las consecuencias negativas que acarrea para la igualdad de oportunidades laborales de las mujeres. Y que ha afirmado que en la maternidad biológica, la baja por maternidad “está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora”¹⁰⁰ y con la finalidad de protección de su salud, que es también la consideración que tiene en cuenta la Directiva 92/85/CEE, en su artículo 8 y considerando 14^o¹⁰¹, y hace necesario un derecho a un

⁹⁸ Hay que reparar en el dialogo de la mayoría con el voto particular discrepante que acompañaba a la sentencia, que no dudó en calificar las instituciones introducidas por la Ley 39/1999 de medidas de acción positiva, pues venían a “beneficiar prioritariamente a las mujeres”, que las asumían mayoritaria y voluntariamente, en el modelo social vigente de distribución de las cargas familiares, sin que la negativa a su ejercicio tuviera que ver con consideraciones de sexo o género, sino con la interinidad de la demandante de amparo.

⁹⁹ STC 109/1993, cit., FJ 4. Los intereses protegidos por el derecho a la no discriminación por sexo femenino de las trabajadoras en situación de riesgo durante la lactancia natural, de permiso de lactancia natural, y de trabajo (las medidas de evaluación de los riesgos han de ser específicamente dirigidas a los puestos de trabajo ocupados por trabajadoras en período de lactancia) se conectan con el alumbramiento y las relaciones con el neonato: STC 75/2011, FJ 8; SSTJUE de 19 de octubre de 2017, C-531/15, *Elda Otero Ramos*, EU:C:2017:789, y de 19 de septiembre de 2018, C-41/17, *Isabel González Castro*.

¹⁰⁰ STC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 6.

¹⁰¹ No en vano es la décima Directiva específica de la Directiva marco de seguridad y salud 89/391/CEE.

permiso de maternidad, dentro de las dieciséis semanas ininterrumpidas¹⁰², obligatorio de la madre durante seis semanas postparto¹⁰³, por entender que su reincorporación inmediata al trabajo puede ser perjudicial para su salud. Su fundamento principal no radica en la protección de la familia, sino de las madres, de su salud y de las relaciones familiares con sus hijos en el período que sigue al embarazo y al parto, absolutamente necesarias para el neonato, por lo que el Tribunal Constitucional no consideró discriminatoria para el varón la reserva de los derechos de protección de la maternidad biológica y, en concreto, del descanso por maternidad exclusivamente u originariamente a las madres, para permitir la posterior cesión –total o parcial- del periodo voluntario de descanso a los padres trabajadores afiliados a la seguridad social, citando la STC 75/2011 en su apoyo la STJUE de 12 de julio de 1984, C- 184/83, *Hofmann*¹⁰⁴, y tras haberse dictado por dicho Tribunal la Sentencia de 30 de septiembre de 2010, *Roca Álvarez*, con la que establece diferencias ¹⁰⁵. La prohibición de discriminación por embarazo, parto, maternidad y lactancia natural de la mujer trabajadora se dirige a evitar las consecuencias, físicas y psíquicas dañosas para su salud y a preservar la plenitud de sus derechos profesionales. Como el Tribunal Constitucional ha dicho, ése es el caso en que cabe hablar con propiedad de “período de descanso por maternidad”, más aún si se trata de trabajadoras autónomas que por hipótesis no suspenden un contrato de trabajo¹⁰⁶.

La igualación progresiva, por la acción del legislador, de la extensión de la protección por maternidad a los supuestos de adopción y acogimiento previo¹⁰⁷ no puede confundir sobre su distinta configuración como situaciones protegidas y sobre la diferente finalidad del legislador. Son situaciones equiparables en los derechos de los hijos, pues son iguales ante la ley, con independencia de su filiación (art. 39.2 en relación con el art. 14 CE), pero no tienen que serlo necesariamente en el tratamiento de los derechos laborales y de seguridad social de los progenitores y adoptantes, al ser distinta la maternidad biológica (embarazo y parto), precisada de una protección específica de la mujer frente a discriminaciones atentatorias de sus derechos, y específicamente de sus derechos laborales (“brecha maternal”). Por lo mismo, en las decisiones que se vienen citando¹⁰⁸ el Tribunal Constitucional descartó también que el reconocimiento a los padres del derecho a suspender el contrato y a beneficiarse de la prestación de maternidad en los casos de adopción y acogimiento, y su desconocimiento en los de maternidad biológica cuando las madres no eran trabajadoras o no desempeñaban una actividad profesional incluida en el campo de la seguridad social, no vulneraba el derecho de igualdad ante la ley.

En el caso de maternidad biológica el derecho a suspender el contrato de trabajo y a percibir la prestación de maternidad se concebían como derechos exclusivos de la mujer trabajadora, mientras

¹⁰² El permiso de maternidad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, es, en la Directiva 92/85, como se recordará, mínimo de catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, que ha de incluir un permiso de maternidad obligatorio de cómo mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales (art. 8).

¹⁰³ Artículo 3 del Convenio núm. 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952; art. 4.4 del Convenio núm. 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad, 2000, que revisa el Convenio núm. 103, que igualmente prevé una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas (art. 4.1).

¹⁰⁴ EU:C:1984:273. La Sentencia había declarado que la hoy derogada Directiva 76/207/CEE, 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, no obligaba a los Estados miembros a permitir, alternativamente, la concesión del período de descanso por maternidad al padre, “ni siquiera en el caso de acuerdo mutuo entre los progenitores” (fallo). Tampoco lo hace la vigente Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, que codificó aquélla.

¹⁰⁵ FJ 7, cit.; cita jurisprudencial ampliada a las Sentencias de 30 de abril de 1998, C- 136/95, *Thibault*, EU:C:1998:178; de 27 de octubre de 1998, C- 411/96, *Boyle et al*, EU:C:1998:506; y de 18 de marzo de 2004, C-342/01, *Merino Gómez*, EU:C:2004:160, por la STC 152/2011, FJ 3, para funcionarios públicos. Denegando el amparo a funcionario docente de la Comunidad Autónoma de Murcia que no había obtenido permiso de maternidad por el nacimiento de hija al no ser su esposa titular de dicho permiso por no estar incluida en la seguridad social, STC 78/2011, de 6 de junio.

¹⁰⁶ STC 75/2011, cit., FJ 8.

¹⁰⁷ Por Leyes 3/1989, de 3 de marzo, 8/1992, de 30 de abril, 13/1996, de 30 de diciembre, 39/1999, de 5 de noviembre; y por la Ley Orgánica 3/2007.

¹⁰⁸ SSTC 75/2011 y 135/2011 y 78/2011.

que en los casos de filiación adoptiva y acogimiento de menores esos derechos a suspender el contrato con reserva de puesto de trabajo y disfrutar de la prestación de maternidad se reconocen por el art. 48.4 del ET indistintamente al padre o a la madre- advierte el Tribunal Constitucional que en caso contrario el legislador podría haber incurrido en una discriminación prohibida por sexo¹⁰⁹-, si son trabajadores por cuenta ajena –o funcionarios públicos¹¹⁰-, incluidos en el ámbito de cobertura de la seguridad social, y, obviamente, no buscan la protección de la salud de la madre, sino la integración del menor adoptado o acogido en su familia de adopción o acogida y el reparto igualitario de las cargas familiares entre los adoptantes o acogedores. A su vez, razones de política legislativa habían apoyado la opción actual del legislador de acercar paulatinamente el régimen de protección de la maternidad biológica a la adoptiva y por acogimiento, reconociendo a la madre trabajadora el derecho a ceder al padre trabajador el disfrute del período de suspensión del contrato de trabajo y de la prestación de maternidad que originariamente le correspondían, de forma simultánea o sucesiva con el suyo propio, a excepción de las seis semanas inmediatas posteriores al parto, indisponibles para la madre; y al padre trabajador el derecho a hacer uso de la totalidad del período de suspensión del contrato de trabajo y de la prestación de maternidad en caso de fallecimiento de la madre, aunque no fuera trabajadora y no hubiera podido tener derecho a la suspensión del contrato¹¹¹. La evolución normativa posterior¹¹² atribuiría directamente al padre, trabajador afiliado a la Seguridad Social, el derecho a la suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto y percepción de la prestación de maternidad aún en casos de que la madre no fuera trabajadora afiliada a la Seguridad Social, siendo este derecho del padre compatible con el disfrute de su derecho independiente a la suspensión del contrato por paternidad y a la percepción de la correspondiente prestación de la seguridad social, reconocido por la propia Ley Orgánica 3/2007, como su institución “más innovadora”, ampliado en su duración a cinco semanas desde el 5 de julio de 2018¹¹³. Todo ello con la finalidad legítima de estimular el reparto equilibrado de las cargas familiares y de tratar de evitar la perpetuación de la mujer en su papel tradicional, en el deterioro de sus condiciones de trabajo y de protección social (brechas salariales, ocupacionales y de seguridad social) y en su marginación de la vida política social y económica.

Las dos semanas en que se amplía el período de suspensión por maternidad en casos de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido pueden disfrutarse indistintamente por cualquier progenitor, cuando ambos trabajen.

El permiso de paternidad es un derecho exclusivo e intransferible del padre en caso de maternidad biológica, independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad. En los supuestos de adopción y acogimiento, los padres deben elegir quién ejercerá el derecho, aunque si el permiso de maternidad es disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el de paternidad ha de utilizarse por el otro¹¹⁴. El trabajador, en cuyo ámbito de disponibilidad queda la decisión de ejercicio del derecho, debe comunicar al empresario, con la debida antelación, su ejercicio en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

La «brecha maternab» penaliza a las mujeres y ahonda su brecha retributiva y de protección social. En ella influyen decisivamente los roles socio-culturales, los prejuicios de género firmemente arraigados, el «suelo pegajoso» que las atrapa en la realización de trabajos familiares y de cuidados, en una sociedad que sigue manteniendo una comprensión inadecuada de «la maternidad como función sociab»

¹⁰⁹ Argumento muy dudoso, en mi opinión: SSTC 75/2011, FJ 8, cit.; 152/2011, FJ 4, cit.

¹¹⁰ STC 152/2011, aplicando la doctrina de la previa STC 75/2011.

¹¹¹ Leyes 3 y 39/1999.

¹¹² Ley Orgánica 3/2007.

¹¹³ Ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Ampliación producida por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que modificó el artículo 48.7 del ET y el artículo 49.c), primer párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, así como el artículo 185 de la LGSS, sobre la prestación económica por paternidad (disposición final trigésima octava).

¹¹⁴ En la regulación del artículo 49.c), primer párrafo, del Texto Refundido del EBEP el permiso de paternidad se disfruta, indistintamente, por el padre o el otro progenitor en todos los supuestos.

y de la mujer como persona especialmente preparada para hacerse cargo de la educación de los hijos y de las tareas familiares; una sociedad que continúa desconociendo su propia responsabilidad, mediante el recurso a fondos públicos para financiar los permisos parentales de trabajadores mujeres y hombres¹¹⁵, y la plena responsabilidad de los hombres en esas funciones y labores de cuidado familiar, que ha de ser estimulada.

3. ¿DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO MASCULINO?

Las instituciones legales de conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores hunden sus raíces en los derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo –¿femenino?– o por razón de responsabilidades familiares y en los mandatos constitucionales de protección a la familia, a los hijos y a la infancia, a los mayores. Su alcance y significado en relación con el derecho fundamental a la no discriminación por las causas constitucionalmente proscritas es conocido, pues existe una jurisprudencia constitucional reiteradísima sobre las diferencias entre el derecho fundamental a la igualdad en la ley y en su aplicación del primer inciso del artículo 14 y sobre aquel derecho del segundo inciso del propio artículo 14 de la Constitución, que no es necesario reiterar aquí.

El artículo 14, segundo inciso, de la Constitución recoge, en lista abierta, las causas sospechosas u odiosas de discriminación, donde figura el sexo sin ser apellidado de masculino o femenino, prohibición de discriminación que representa, según una doctrina constitucional reiteradísima desde la STC 128/1987, de 16 de julio, “una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE” (FJ 5). De así su aplicación al sexo femenino, y no al masculino. Lo que precisó la citada sentencia, corrigiendo una primera jurisprudencia desenfocada que había aplicado la prohibición de discriminación por sexo a trabajadores varones. Con formulaciones posteriores: la “prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer”¹¹⁶. El derecho y el mandato antidiscriminatorio que el artículo 14 de la Constitución consagra exige la pertenencia a colectivos tradicionalmente castigados por la discriminación. Este tipo de discriminación comprende no solo los tratamientos peyorativos, perjuicios o minusvaloraciones que se basan en el sexo de la mujer perjudicada, sino todos aquellos que se relacionan con el sexo femenino con una “conexión directa e inequívoca”¹¹⁷. Como la maternidad biológica.

En el caso de los derechos legales de conciliación, de atribución indistinta a trabajadores y trabajadoras, es dudoso que el desconocimiento de los derechos de los trabajadores varones se traduzca en una infracción de la prohibición de discriminación por razón de sexo. Pues es claro que es difícil aplicar la voluntad que alienta ese derecho y mandato antidiscriminatorio a los hombres, que han constituido, por contraposición a las mujeres, el sexo que ha gozado de una histórica situación de superioridad en la vida social y en el trabajo o en el ejercicio de actividades profesionales. Si la maternidad y la lactancia, o la existencia de cargas familiares, de menores y mayores, producen persistentes desventajas a las mujeres, que con frecuencia se ven obligadas a abandonar su trabajo, o a soportar dificultades para conservarlo, o para reincorporarse a él tras la realización de tareas de cuidado, desventajas que no afectan a los hombres porque tampoco realizan esas tareas de cuidado, y

¹¹⁵ A excepción de las prestaciones de seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural y los permisos retribuidos por nacimiento de hijo y por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo, y de lactancia, de los artículos 37. 3. b) y f) y 4 del ET.

¹¹⁶ STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3, por todas.

¹¹⁷ STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4, por todas.

así lo revela la estadística, y la propia jurisprudencia constitucional¹¹⁸, se concluye con naturalidad en que la negativa injustificada y desproporcionada empresarial al ejercicio por las mujeres trabajadoras de sus derechos legales de conciliación, o el deterioro de sus condiciones laborales por ese ejercicio, o la obstaculización de su retorno al trabajo, o su despido, se traducen en perjuicios por razón de su sexo, que perpetúan su tradicional discriminación y que se configuran técnicamente como una discriminación directa o indirecta, al atribuirse a hombres y mujeres los derechos de conciliación pero ser mayoritariamente las mujeres las que se acogen a ellas, o se ven forzadas a hacerlo.

En cambio, la negativa empresarial al ejercicio de los derechos de conciliación por los trabajadores varones no guarda conexión directa con su sexo, ni sobre ellos el desconocimiento de los derechos de conciliación han supuesto medidas de impacto adverso por género, ya que mayoritariamente no los han utilizado, sino todo lo contrario. Además, no constituyen un grupo caracterizado por el factor protegido que se cubre con el derecho antidiscriminatorio. Sin embargo, ¿podrían los hombres resultar también discriminados por sexo por causa de los estigmas o estereotipos de género de recibir, como las mujeres, un trato peyorativo por el ejercicio de sus derechos de conciliación?. Las construcciones sociales de la feminidad y de la masculinidad, según arraigados prejuicios de género, llevan a considerar que las mujeres se acogen a los derechos de conciliación para atender tareas de cuidado “no hacen sino cumplir con sus responsabilidades, al dar prioridad a su familia sobre su trabajo”. Por el contrario, respecto de los hombres, el convencionalismo social se sustenta en la idea de que “para ser un buen padre hay que ser un buen trabajador y un sólido pilar de la economía familiar. Por lo tanto, todo hombre que decide buscar formas de trabajo flexible se considera «menos hombre»”¹¹⁹. Sin menospreciar los perjuicios derivados de los estereotipos de género, no hay que olvidar que, como el Tribunal Constitucional ha precisado, “no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE”, caso en el que “la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta”. E insiste en que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1 CE)¹²⁰. El alcance del problema constitucional no es menor, desde luego.

El TJUE no ha tenido dificultad en apreciar la aplicación del principio de igualdad a los trabajadores masculinos “en situación comparable” con los “trabajadores femeninos”, incluso el principio de no discriminación por sexo¹²¹. En esta óptica se ha situado también la cláusula 5ª del Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, de 18 de junio de 2009, aplicado por la Directiva del Consejo 2010/18/UE, que, bajo la rúbrica “derechos laborales y lucha contra la discriminación”, ordena a los Estados miembros o a los interlocutores sociales adoptar “las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra un trato menos favorable o el despido por haber solicitado o tomado un permiso parental, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales” (apdo. 4).

¹¹⁸ Véase la jurisprudencia constitucional citada por la STC 3/2007, FJ 2.

¹¹⁹ OIT, *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*, Ginebra, 2016, págs. 60-61.

¹²⁰ STC 62/2008, de 26 de mayo, FFJJ 4 y 5, a propósito de una enfermedad temporal no incapacitante, situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, por lo que no es posible configurarla como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE.

¹²¹ Respecto del principio de igualdad de retribución, STJUE de 16 de septiembre de 1999, C-218/98, *Abdoulaye y otros*, :EU:C:1999:424, apdo. 16; también sobre la igualdad retributiva, pero afirmando la aplicación del principio general de no discriminación por razón de sexo masculino, bien que su fallo aprecie la vulneración del principio de igualdad, STJUE de 29 de noviembre de 2001, *Joseph Grzesmar*, C-366/99, EU: C:2001:648, apartado 39; STJUE de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, C-476/99, EU: C:2002:183.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse, no sobre la aplicación del derecho a la igualdad, sino sobre la de la prohibición de discriminación por razón de sexo a los trabajadores masculinos, y no lo hizo, en su Sentencia 26/2011, de 14 de marzo, citada, en que el problema se planteó frontalmente¹²². En efecto, la demanda de amparo alegaba la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del trabajador recurrente causada por las resoluciones judiciales que habían rechazado su pretensión de realizar en horario nocturno todas las jornadas del curso académico, dentro del régimen de turnos rotativos en que prestaba trabajo para un centro público, con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad y, de este modo, hacer efectivo el derecho de conciliación de su vida familiar y laboral. Alegaba adicionalmente el demandante de amparo que la denegación de su pretensión producía una discriminación indirecta por razón de sexo femenino a su esposa, que se vería obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidados de sus hijos.

El Tribunal justificó la especial trascendencia constitucional de la demanda de amparo en el hecho de que, precisamente, le permitía perfilar su doctrina sobre el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral “cuando es un varón” quien solicitaba la modificación de sus condiciones de trabajo con el fin de conciliar su vida familiar y laboral, habida cuenta de que la doctrina constitucional había abordado hasta aquel momento la interdicción de la discriminación por razón de sexo en relación con el mandato constitucional de protección de la familia y de la infancia en diferentes ocasiones en que “se enjuiciaban decisiones empresariales, validadas judicialmente, que podían suponer un trato peyorativo para la mujer trabajadora, al impedir o dificultar su pretensión de hacer compatibles su trabajo y su vida familiar”. Y añadía que este recurso le permitía analizar esas decisiones aparentemente contrarias a la conciliación de la vida familiar y profesional “cuando es un hombre el afectado, y examinar si en estos casos puede apreciarse la existencia de una discriminación por razón de sexo o si la eventual lesión han de incardinarse en alguno de los motivos de discriminación que, con carácter no exhaustivo, enumera el art. 14 CE” (FJ 2).

La respuesta del Tribunal se atuvo a la doctrina constitucional sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo y su propósito de terminar con la tradicional inferioridad de la población femenina, singularmente manifestada en el ámbito del empleo, de las condiciones de trabajo y de protección (seguridad) social, con consecuencias notorias en sus dificultades de acceso al trabajo, de promoción, de retribución, de condiciones de trabajo, de mantenimiento del empleo, con cita de copiosa jurisprudencia constitucional. Por lo que, también con cita de abundantes decisiones, justificó las medidas positivas para tratar de asegurar la igualdad efectiva de trato y de oportunidades de las mujeres con los hombres legitimadas por el artículo 9.2 CE. Para reconocer, a continuación, la dificultad de “apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo”, alegada por el trabajador demandante, razonando, con el Fiscal, que el cuidado de los hijos “no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres” (FJ 4).

En esa falta de dificultad anida una respuesta negativa al problema planteado, ciertamente no suficientemente explícita. El razonamiento excluyente de la lesión del derecho a no padecer discriminación por sexo del demandante varón se complementó con la constatación de que la denegación de su pretensión conciliatoria no se había fundamentado en que el trabajador hubiera sido varón. Como es patente, no es necesario que la discriminación sea expresa para que se produzca, sin necesidad de juicio relacional bastando el resultado peyorativo motivado por el sexo. Y según consta en las actuaciones, ese motivo no estuvo presente.

La sentencia no abandona la interdicción constitucional de la discriminación, pero procede a sustituir el sexo como motivo discriminatorio por las “circunstancias personales” a que alude el artículo 14 CE, en el caso, “circunstancias familiares”, aunque, algo equívocamente, vuelva al sexo de

¹²² El órgano judicial que había planteado la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la STC 109/1993 la había justificado en los artículos 9.2 y 35, no en la prohibición de discriminación por sexo masculino.

la mano de la Sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, que, con toda corrección, razona la discriminación por sexo masculino en relación con la discriminación histórica y real, la del sexo femenino, argumentando que el desconocimiento del derecho al permiso de lactancia del padre trabajador por no tener la madre la condición de trabajadora por cuenta ajena (art. 37.4 ET, anterior a su reforma por el Real Decreto-ley 3/2012) no era una medida tendente a lograr la igualdad efectiva de las mujeres, sino perpetuadora de “un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental”¹²³.

De modo que la discriminación por sexo del trabajador varón, en el disfrute de los derechos de conciliación, salvaguarda y se relaciona con la discriminación de la mujer, que trata de evitar, funcionando la negativa al ejercicio de dichos derechos por los hombres, o los perjuicios que se les ocasionen por ese ejercicio, como una especie singular de discriminación indirecta de las mujeres, por sus efectos mediatos en las mujeres trabajadoras, en la línea que planteaba la demanda de amparo y que, en parte, acoge el voto particular discrepante, y que la sentencia deja fuera de su análisis al no ser un derecho del demandante de amparo, sino de su esposa, bien que, ahora según el voto particular, no cabía descartar el interés legítimo del demandante para su defensa [art. 162.1 b) CE]. Este es el camino que se debe recorrer para abordar la categoría constitucional de discriminación por sexo masculino.

En todo caso, la STC 26/2011, al otorgar el amparo, reconoció el derecho fundamental del demandante a no ser discriminado “por razón de sus circunstancias familiares”.

No le faltó razón al voto particular al señalar que el tener hijos de corta edad no parece que históricamente haya supuesto una diferencia que haya colocado a una parte de la población, los hombres con hijos, en una situación contraria a la dignidad de la persona que permita su calificación de categoría discriminada.

Queda, para cerrar la reflexión, traer a colación el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, del primer inciso del artículo 14 de la Constitución, cuando de varones se trata.

La garantía de indemnidad reforzada frente al despido; objetividad y automatismo de su nulidad

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre introdujo en la regulación del ET de 1995 (arts. 53.4 y 55.5) y en la de la LPL un mecanismo de garantía reforzada en la tutela del embarazo, la maternidad y el disfrute de permisos de lactancia, reducciones de jornada y excedencias frente al despido para satisfacer las exigencias de los artículos 14, 39.1 y 9.2 CE. La Ley Orgánica 3/2007 hubo de modificar de nuevo dichos preceptos legales con el fin de extender la tutela objetiva frente al despido a los supuestos relacionados con el embarazo, parto y lactancia y de conciliación de la vida familiar y laboral que la Ley incorporaba. Llamativamente la Ley Orgánica 3/2007 dejó fuera de esa protección objetiva frente al despido el derecho de los trabajadores a adaptar la duración y distribución de su jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral del art. 34.8 del ET, derecho que la propia Ley había incluido *ex novo* en su reforma del ET.

Conforme a la regulación refundida vigente, es nulo el despido objetivo o disciplinario de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión del contrato por maternidad, al margen de cualquier móvil discriminatorio y de su prueba, salvo que sea procedente por motivos que nada tengan que ver con el embarazo [arts. 53.4, párrafo segundo, b), y párrafo tercero, y art. 55.5, párrafo segundo, b), y párrafo tercero]. La nulidad procede al margen de indicios o no de discriminación no contrarrestados por la prueba empresarial de su proceder no discriminatorio.

¹²³ EU:C:2010:561. Vid. G.L. BARRIOS BAUDOR, *La sentencia Roca Álvarez: un nuevo punto de inflexión en materia de conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores autónomos europeos*, en *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)*, La Ley, Madrid, págs.. 1039 y ss.

La jurisprudencia constitucional no dudó en afirmar que ese reforzamiento legal de la tutela frente al despido poseía una “clara relevancia constitucional” desde la perspectiva prioritaria del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo en el caso de las trabajadoras embarazadas, que también se vincula a otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos: a la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas (art. 40.2 CE y Directiva 92/85/CEE) y a la protección de la familia y de los hijos (art. 39.1 y 2 CE)¹²⁴.

La innecesariedad de probar la discriminación por embarazo, y, en consecuencia, del conocimiento por la empresa del estado de gestación de la trabajadora¹²⁵, para determinar la nulidad automática u objetiva de su despido, distinta de la que trae causa de la discriminación, sustituida por la prueba de un hecho objetivo –el embarazo–, guarda el derecho de la mujer embarazada a su intimidad personal y familiar (art. 18.1), pues el embarazo pertenece a la esfera más íntima de la mujer, que puede querer reservar al conocimiento empresarial, entre otras razones, para no arriesgar su trabajo.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha justificado la solución legal objetiva únicamente en los despidos. Ese régimen específico no es de aplicación a otras extinciones del contrato de trabajo, y en concreto a su resolución empresarial *ad nutum* en período de prueba, según la STC 173/2013, de 10 de octubre¹²⁶. En tales casos, la nulidad de la extinción contractual ha de seguir el régimen jurídico de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo femenino. De modo que la trabajadora despedida ha de probar indiciariamente la discriminación de forma verosímil y el empresario justificar que su actuación se debió a causas reales absolutamente ajenas a la presunta vulneración, siendo entonces el conocimiento del empresario del estado de embarazo de la trabajadora necesario para fundamentar el trato presuntamente discriminatorio¹²⁷.

Estas diferencias afectan a la maternidad misma y a la doctrina de la STC 92/2008, que consideró que el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las trabajadoras constituye, con la desigualdad retributiva, “el problema más importante [...] con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales [...]”, valiéndose de la prueba estadística y de la proporcionada por la litigiosidad constitucional provocada por las extinciones contractuales en caso de embarazo¹²⁸. Ciertamente que la sentencia citada dijo que el sistema de tutela objetiva no venía exigido por el artículo 14 de la Constitución, por la interdicción constitucional de la discriminación por sexo, para afirmar así que el sistema anterior basado en la prueba de la discriminación y su propia jurisprudencia sobre el mismo habían sido respetuosas con el artículo 14 de la Constitución. Pero también dijo que, una vez establecida por el legislador esa tutela reforzada, no eran posibles interpretaciones judiciales restrictivas que limitasen las expectativas de protección de decisiones de libre determinación personal, que han de inclinarse por el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental

¹²⁴ SSTC 92/2008, de 21 de julio, FJ 8; 124/2009, de 18 de mayo.

¹²⁵ Es sabido que en el sistema de la Directiva 92/85/CEE, trabajadora embarazada es cualquier trabajadora que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales [art. 2.a)]. La prohibición preventiva de despido que establece, impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. El empresario debe dar motivos justificados de despido por escrito. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras embarazadas contra las consecuencias de un despido ilegal (art. 10), al considerar que el riesgo de ser despedidas por motivos relacionados con ese estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de las trabajadoras. La STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16, *Porras Gnisado*, EU:C:2018:99, sobre despido de trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo, declaró que el artículo 10. de la Directiva 92/85 se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal (fallo.3).

¹²⁶ Con voto particular discrepante de cuatro Magistrados.

¹²⁷ STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 4, por todas.

¹²⁸ FJ 8.

de suerte que la garantía legal salvaguarde su contenido esencial y básico, aún sin tener que llegar a la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en la interpretación de la legalidad.

V. CONCLUSIONES: LA INSUFICIENCIA DEL MODELO LEGAL. HACIA UNA NUEVA POLÍTICA LEGISLATIVA

1. PARCIALIDAD, REDUCCIÓN Y APARTAMIENTO DEL TRABAJO Y DE SU REMUNERACIÓN; ESCASEZ DE MEDIDAS DE ADAPTACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO AL TIEMPO FAMILIAR

No parece necesario desarrollar un gran esfuerzo argumental para demostrar la falta de respuesta adecuada de nuestro ordenamiento a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadora.

Las figuras centrales en torno a las que giran dichos derechos legales, en nuestro ordenamiento jurídico, además de los derechos ligados a la maternidad y a la paternidad, son, principalmente, el contrato a tiempo parcial, la reducción de la jornada por razones de guarda legal y la excedencia por motivos familiares. Su nota característica común es que a la acomodación del tiempo de trabajo acompaña una reducción o la suspensión del salario. Nuestro ordenamiento adolece de una falta de coherencia y de complitud en la ejecución de las dos sucesivas Directivas europeas en la regulación de estas instituciones, cuyas insuficiencias y efectos negativos ha puesto de manifiesto la doctrina científica¹²⁹.

La regulación vigente del contrato de trabajo a tiempo parcial como modalidad precaria y de gestión empresarial flexible del tiempo de trabajo¹³⁰ no hace a esta modalidad contractual precisamente apta para satisfacer las necesidades de conciliación de los intereses personales, familiares y laborales trabajadores. Su configuración legal se ha dirigido, de un lado, a facilitar una entrada precaria en el mercado de trabajo “como una importante vía [...] de transición hacia el trabajo a tiempo completo”, y, de otro,¹³¹ a incrementar la flexibilidad empresarial en la organización y distribución del tiempo de trabajo de los trabajadores, sin tener en consideración sus responsabilidades familiares, de atención imposible ante la incertidumbre sobre el tiempo de la prestación de trabajo que resulta de esa acrecida flexibilidad, a la que se suman las facultades empresariales de distribución irregular de la jornada.

El impacto adverso de género caracteriza a esta modalidad contractual, como ponen de manifiesto los datos de la realidad -las mujeres ocupaban el 72 por 100 de los contratos a tiempo parcial en 2017¹³²- y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional¹³³. Baste citar al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de noviembre de 2017, asunto C-98/15, *María Begoña Espadas Recio y Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)*¹³⁴, trabajadora de limpieza a tiempo parcial con jornada concentrada en determinados días de la semana (no todos; trabajo a tiempo parcial vertical), que cita otras anteriores, y desde luego la Sentencia 22 de noviembre de 2012, C-385/11, *Isabel Elbal Moreno c. el INSS y la TGSS*¹³⁵, que había declarado que el

¹²⁹ J. CABEZA PEREIRO, “Tiempo de trabajo, racionalización de horarios y conciliación en España”, en L. MELLA MÉNDEZ (coord.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, págs. 111 y ss.; M. A. BALLESTER PASTOR, *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Publicaciones de la Universidad de Valencia- tirant lo blanch, 2017, págs.183-186 y 194-196.

¹³⁰ A partir de la reforma del ET por el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre.

¹³¹ Preámbulo del Real Decreto-ley 16/2013.

¹³² INE, EPA, Cuarto trimestre 2017.

¹³³ SSTC 253/2004, de 22 de diciembre; 49 y 50/2005, de 14 de marzo; 61/2013, de 14 de marzo; 71/2013, de 8 de abril; 156/2014, de 25 de septiembre; 27/2015, de 19 de febrero; 110/2015, de 28 de marzo; 71/2016, de 14 de abril; 2/2017, de 16 de enero.

¹³⁴ EU:C:2017:833.

¹³⁵ EU:C:2012:746.

artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social no era conforme con la normativa española que exigía a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada. La Sentencia *Espadas Recio* reiteró que el mismo precepto de la citada Directiva se oponía a la normativa española que, “en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa” (fallo, punto 2)).

Sólo en una ocasión la regulación legal de esta modalidad contractual da entrada expresa a la atención de las responsabilidades familiares de los trabajadores “enunciadas en el artículo 37.6” del ET para considerarlas causa justificativa de la renuncia por el trabajador al pacto de horas complementarias, una vez cumplido un año desde su celebración [art. 12.5.e).1ª ET]; pacto de horas complementarias, al que se adicionan las horas complementarias “voluntarias”, que constituye el medio de incremento del tiempo de trabajo pactado en esta modalidad contractual y de su acomodación continua a las necesidades empresariales y del “entorno”, ya que cabe una gran “parcialidad”¹³⁶. Lo que pone abiertamente de manifiesto que el contrato a tiempo parcial no se ha celebrado como medida de conciliación¹³⁷.

El lugar prioritario o preferente que ocupan en la sistemática del Estatuto de los Trabajadores la reducción de la jornada por motivos familiares y la excedencia por iguales motivos, y la protección con la que cuentan frente al despido que trae cusa de su ejercicio, no pasa desapercibida. No se puede por menos que afirmar que son las medidas elegidas por el legislador para hacer compatible el trabajo y la vida familiar, y la poquedad e inadecuación de su regulación para el cumplimiento de sus fines, señaladamente por las dificultades de elección de la modalidad de reducción del tiempo de trabajo por –de ordinario– la trabajadora, precisada para su efectividad del acuerdo empresarial, de las que da cuenta la STC 3/2007 y –fallidamente– la STC 24/2011.

Las restantes, con ser verdaderamente importantes a los efectos pretendidos por estos derechos y no conllevar reducciones salariales para los trabajadores al no traducirse en necesariamente en reducciones del tiempo de trabajo, no pasan de ser instituciones conexas, sin especial relevancia jurídica en nuestro Derecho. Desafortunadamente, el legislador español y la negociación colectiva no han dado la importancia debida a la racionalización de los horarios, ni han tratado su libertad de forma adecuada a la específica problemática que suscitan las necesidades de conciliación. Los enunciados del artículo 34.8, párrafo primero, del ET¹³⁸, que comienzan por reconocer potencialmente derechos individuales a “los trabajadores” de adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, dejan, después, su ejercicio en manos de la negociación colectiva o del acuerdo individual con el empresario, respetando lo previsto en la negociación colectiva, de existir ésta. El derecho individual de la persona trabajadora se reconoce legalmente; son los términos de su ejercicio los que la ley ha optado por remitir a la negociación colectiva o al acuerdo con el empresario, lo que no deja de plantear problemas sobre el carácter perfecto o no del derecho y sobre la interpretación correcta de su reconocimiento por el legislador, que tampoco les presta protección especial.

El precepto estatutario continúa diciendo que a tal fin se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los

¹³⁶ Ese pacto exige que la jornada de trabajo a tiempo parcial no sea inferior a diez horas semanales en cómputo anual [art. 12.5.b) ET].

¹³⁷ J. CABEZ PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El trabajo a tiempo parcial: algunos comentarios valorativos”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2018, págs. 423 y ss.

¹³⁸ Procedente de la Ley Orgánica 3/2007.

descansos, que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas¹³⁹. Es un precepto etéreo que formula un mandato de promoción de las instituciones que cita sin destinatario conocido. Parece que ha de serlo la negociación colectiva y las decisiones organizativas empresariales, que constituyen el medio ordinario de ejercicio de los derechos de las personas trabajadoras a la adaptación de la duración y distribución de su tiempo de trabajo para posibilitar la atención de su vida familiar y personal. El precepto se ocupa de fijar otro polo de conciliación de los derechos de tal nombre de los trabajadores, que es la mejora de la productividad empresarial, de modo que las fórmulas de flexibilización del tiempo de trabajo han de servir para garantizar la “mayor compatibilidad” de las necesidades familiares y personales de los trabajadores con la mejora de la productividad empresarial.

La STC 24/2011, de 14 de marzo, constituye el ejemplo de una oportunidad perdida para haber desautorizado la falta de ponderación de la dimensión constitucional de las instituciones de adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades familiares de la trabajadora –que había optado por una familia monoparental- y efectuar la interpretación constitucional del precepto legal, pues la llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria era tan restrictiva y apartada de su relevancia o dimensión constitucional que le hizo llegar a la conclusión incoherente de que el propio precepto legal niega el derecho de conciliación que reconoce, por mucho que difiera su ejercicio –opción verdaderamente criticable- a la negociación colectiva y al acuerdo con el empresario.

2. LA NECESARIA REFORMA LEGISLATIVA: IGUALDAD DE DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE HOMBRES Y MUJERES, INTRANSFERIBLES

Las conclusiones que se pueden extraer, en el campo específico de la realidad correspondiente a los derechos de conciliación, es que en el inequitativo reparto actual de las cargas familiares y domésticas con los hombres producen una nueva segregación de género y consolidan la relegación de las mujeres a las tareas de cuidado, al “mundo del no trabajo remunerado femenino”, con –en la maternidad, en las reducciones de jornadas y excedencias- costes muchas veces irreparables en la regularidad y ascensos de sus carreras y derechos profesionales y de seguridad social y quebrantos retributivos. La jurisprudencia constitucional pone de manifiesto la ineffectividad en la práctica laboral y en la realidad social de los derechos de conciliación y de sus desarrollos normativos, para acabar con discriminaciones tan flagrantes, en el seno de un ordenamiento jurídico que no acaba de dotarse de las técnicas jurídicas suficientes para garantizar su efectividad. Su reforma es imprescindible.

Rotas las coordenadas de tiempo - y lugar- de la prestación de trabajo, favorecidas por la digitalización y los cambios tecnológicos, los mecanismos de adaptación del tiempo de trabajo están en el orden de los tiempos, siendo inaplazable la tarea de racionalización y flexibilidad de los horarios y del tiempo de trabajo, haciendo la síntesis de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, sin dejar de recordar la relevancia constitucional del cuidado de los hijos y de la protección de la familia.

El derecho a la igualdad efectiva o real de las mujeres, la protección de la familia, las responsabilidades parentales, hacen necesario, sin vacilación alguna, que la ley tienda, precisamente, a igualar los derechos de conciliación de mujeres y hombres, incluido el permiso de maternidad de duración mínima de catorce semanas ininterrumpidas en la Directiva 92/1985. Es la premisa para que cobre sentido la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el cuidado de la familia y en la atención de las obligaciones nacidas en ese ámbito. La sociedad debe implicarse disponiendo un sistema público de financiación del ejercicio de esos derechos que contribuya a su realización efectiva.

¹³⁹ Procedente de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

La reforma legislativa ha de orientarse a hacer sustancialmente más operativas las instituciones de conciliación con medidas imprescindibles como la intransferibilidad de estos derechos, al menos del hombre a la mujer en la etapa transitoria que transcurra hasta su igualdad, y óptimamente, en un contexto de regulación igual o común de tales derechos con separación de su ejercicio. Imprescindible es también el aseguramiento efectivo de los derechos laborales y de seguridad social y del retorno al trabajo de los trabajadores que a ellos se han acogido. En esta línea se propone avanzar, aún tímidamente, la mencionada propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo¹⁴⁰, que, como novedades, proyecta establecer normas mínimas para el permiso de paternidad a nivel de la UE y la intransferibilidad del permiso parental de al menos cuatro meses, reconocer nuevos derechos a nuevos sujetos (cuidadores), nuevas formas de trabajo flexibles o adaptables y de ejercicio del permiso parental igualmente flexibles, y ordenar a los Estados miembros garantizar que los trabajadores que ejerzan su derecho a disfrutar de uno de estos permisos reciban una remuneración o una prestación económica adecuada equivalente al menos a la que recibirían en caso de baja por enfermedad para alejar los derechos de conciliación del trabajo no remunerado de las mujeres. Propone asimismo una regulación protectora más acabada y relacionada con el derecho fundamental a la igualdad y a la prohibición de discriminación por sexo¹⁴¹.

Es el único modo de favorecer la normalización de su utilización por los hombres para evitar los estigmas de la maternidad y de la atención a las tareas de cuidado familiar que castigan a las mujeres. Y de progresar en la igualdad real y efectiva de éstas, única desde la que es posible el libre desarrollo de la personalidad y la participación plena en la vida política, económica, social y cultural, como manda el artículo 9.2 de la Constitución.

¹⁴⁰ Y las mejoras del *Informe de 24 de agosto de 2018 de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo* (COM(2017)0253 – C8-0137/2017 – 2017/0085(COD)).

¹⁴¹ Con mayor detenimiento, M.E. CASAS BAAMONDE, “Igualdad y no discriminación de las mujeres por sexo y género: el lenguaje de los derechos”, en AFDUAM, 2018, de próxima publicación.

TÍTULO II. SALUD Y FAMILIA

PONENCIAS

CAPÍTULO I. LA SALUD FAMILIAR. MODELOS DE ATENCIÓN INTEGRAL DE SALUD FAMILIAR Y COMUNITARIA

JUAN JOSÉ DÍAZ FRANCO

Médico. Ex representante Nacional de Médicos de Atención Primaria Urbana en la OMC

Los conceptos salud y familia son habituales en todos los usos idiomáticos. En el tema que aquí se enuncia los abordamos, con el valor añadido de la consideración comunitaria, para proyectar el trinomio resultante (Salud-Familia-Comunidad) como tres competencias universales y ampliamente transversales con las que pretendemos teorizar sobre la manera de integrarlas en una unidad, estratégicamente planificada y tentativamente armoniosa, en pro del bienestar social y, hasta donde sea posible, en la búsqueda y logro de un estado de felicidad utópico pero irrenunciable.

Mediando la trasposición algebraica, un trinomio es una expresión compuesta por tres términos unidos por los signos más o menos. La conjunción de los tres sería el objetivo planificado (Salud+Familia+Comunidad). La merma o ausencia de alguno de los términos daría lugar a una versión más *estatalizada* de la salud por la expropiación de lo familiar (Salud+Comunidad-Familia), o bien, a una versión más autárquica (más *familiarizada*) por desistimiento o enajenación comunitarias de la salud en primacía de los recursos de inmediatez (Salud+Familia-Comunidad).

Por eso conviene ampliar, esquemáticamente, la consideración sobre algunas competencias vinculadas a estos difundidos conceptos.

I. LA SALUD

1. LA SALUD: UN DERECHO HUMANO BÁSICO

El derecho a la salud figura como uno de los derechos humanos básicos en los textos legales nacionales e internacionales del más alto rango.

La OMS, en su Congreso de Constitución, de 7 de abril de 1948, proclama el Derecho a la Salud.

La ONU, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948, lo contempla en su artículo 25.

La Constitución española de 1978 lo recoge en sus artículos 14, 15, 41 y 43.

2. SALUD. ENFERMEDAD. SANIDAD

La salud de las personas y de los colectivos se ha convertido en una prioridad de orden internacional en las sociedades modernas.

La puesta en práctica de políticas personales y medioambientales para la potenciación del bienestar general es una exigencia que crece al mismo tiempo que se consolidan las conquistas democráticas de participación ciudadana en el control de los asuntos públicos financiados por el ciudadano-contribuyente-votante, que exige, a quienes designa en las urnas como representantes de la gestión de la cosa pública, la puesta en marcha de las iniciativas pactadas según los diferentes programas políticos que se proponen para beneficio de la colectividad. Y, muy señaladamente, todo lo referente a la salud y la enfermedad, cuya pérdida o precariedad sería un importante eslabón a restaurar en la atención que la Seguridad Social presta a los estados de necesidad.

Frente a la experiencia vivencial del dolor, la enfermedad y la muerte, la abstracción intelectual que denominamos *salud* no implica una situación corporal y anímica que incida directamente sobre la percepción de un conjunto de sensaciones, porque el estado de conciencia de que no nos pasa nada suele mantenerse inadvertido.

El descubrimiento del equilibrio y la ritmicidad corporal y psíquica (que, desde Cannon, denominamos homeostasis) en los albores del pensamiento filosófico-científico y, paralelamente, la armonía y ritmicidad del universo que contemplamos y que nos envuelve, alumbraron tempranamente el paradigma de lo que es estable, admirable y deseable. Si el encanto de esta experiencia tan antigua se rompe con la no menos antigua de la aparición de desajustes externos o internos que desequilibran al individuo o a su entorno, estaremos hablando de padecimientos, penalidades, temores, enfermedades y, antes o después, de cesación de la vida; por eso, nos hemos visto abocados a adoptar sistemáticas individuales y, cuando estas resultaron insuficientes, a diseñar sistemas públicos que propiciaran los estados de salud o bienestar y que evitaran o corrigieran los de enfermedad o malestar.

Es reiterativa, pero inevitable, la referencia a la definición de salud de la OMS que la concibe como el estado de completo bienestar físico, psicológico y social y no solamente la ausencia de molestias o enfermedades. Sin embargo, debería cuestionarse cualquier descripción de la salud que no incluyera lo *funcional* junto a lo físico-psíquico-social, porque supondría, tácitamente, la exclusión del grupo de los considerados sanos de aquellas personas limitadas o disminuidas en su funcionalidad. Una persona discapacitada no es una persona carente de salud o, mucho menos, enferma. Pudo serlo en su día, pero cuando fue dada de alta médica porque la medicina no pudo hacer más en su proceso, dejó de ser un enfermo para convertirse en un sano con capacidad distinta a la convencional y reconocida socialmente como tal.

En la perspectiva anterior, algunos,¹ definen el concepto “salud”, referido a los individuos, como un estado ecológico de adaptación de todas las posibilidades del organismo humano (biológicas, psicológicas y sociales) frente al ambiente total (natural y social); este estado no sería ni absoluto, ni definitivo, sino eminentemente dinámico y cambiante en relación a las vicisitudes del medio socio-ecológico. Para ellos, los cambios y las desadaptaciones individuales y comunitarias proceden de las estructuras sociales y de la inserción social y profesional de cada individuo de la comunidad; de aquí que los “determinantes” de la salud-enfermedad sean de origen social, igual que su distribución en la población. El mecanismo individual sería ecológico.

Contra lo que se suele plantear como evidencia secuencial, salud y enfermedad representan dos conceptos que se sitúan en esferas diferentes, y no necesariamente relacionadas. Ni la salud es la enfermedad, ni la enfermedad es la no salud. Sería inadecuado, por tanto, vincularlas como situaciones opuestas pero alternativamente inseparables: si no estoy enfermo, es que estoy sano. Y viceversa.

¹ VV.AA.: *Epidemiología. Teoría. Investigación. Práctica*. SAN MARTÍN, H. MARTÍN, A.C., CARRASCO, J.L. Madrid, Díaz de Santos, 1986.

Desde el punto de vista etimológico y existencial, la contraposición se daría entre enfermo (del lat. “infirmus”, débil, endeble, impotente, enfermo) y sano (del lat. “sanus”, sano y sus derivados, sanar, sanatorio, sanidad, sanitario, sanear). Diferente es el término salud (del lat. “salus-salutis”, salud, buen estado físico, salvación, conservación, saludo).²

Sería aquí de aplicación la doctrina aristotélica sobre la contrariedad y la no contradicción.³ La contrariedad muestra la oposición existente entre dos cosas, como consecuencia de una contradicción intrínseca. Junto a esto, el principio de no contradicción (a veces denominado principio de contradicción) establece que una proposición y su negación no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido.

De esta forma, debería entenderse la salud como expresión amplia de bienestar y confort al que se llegaría por el esfuerzo combinado de muchos profesionales diferentes a los que integran el mundo de la sanidad (especialmente los médicos, por su alta visibilidad y prestigio sociales) que se diría que han monopolizado, tratando los estados de enfermedad, un protagonismo excesivo en el complejo mundo de la salud, en detrimento de otras profesiones que, sin embargo, aportarían metodologías alternativas a lo sanitario e igualmente eficientes en el logro de ese buen estado integral en que consiste la salud.

3. IDEOLOGÍAS E IDEARIOS FILOSÓFICOS

La habitual tentación (cuyo logro se reputa como éxito sanitario, social, económico y político) es la de abordar conjuntamente la problemática de la salud y de la enfermedad dentro de un mismo sistema de salud, dando lugar a la llamada atención integral /integrada de salud. Pero es una tentación cuestionada en el momento que entran en juego los planteamientos ideológicos de las diferentes opciones de los partidos de gobierno que, finalmente, serían las encargadas de gestionar el procedimiento en sus diversos componentes: económico, social, pedagógico, legal, demográfico, sanitario, ecológico, ético, publicitario, religioso y, cómo no, político...

Cuando hablamos de ideología solemos referirnos⁴ a un sistema de ideas y de juicios, explícito y generalmente estructurado, que sirve para describir, explicar, interpretar o justificar la situación de un grupo o de una colectividad, y que, inspirándose ampliamente en determinados valores, propone una orientación precisa a la acción histórica de ese grupo o colectividad.

Los poderes fácticos (políticos, económicos, religiosos, castrenses, jurídicos y mediáticos) monopolizan las ideologías concretándolas en programaciones o idearios sociopolíticos. Cuentan para ello con la evidencia práctica de que las ideologías no pasan rigurosos filtros de legitimidad, dado que se obvia la demostración de su esencia en favor de la creencia derivada de su mera existencia. Y es que, quien se adhiere a una ideología, está condenado a asumir sus contradicciones (“cabalgar las contradicciones”, como expresión de la demagogia que padecemos en nuestros días), pero manteniendo en primer término quién la utiliza, porqué se utiliza y qué propósito e intereses motivan su planteamiento. Cuando todo esto se centra en la salud, los gestores de las ideologías construyen su proyecto y su discurso basándose en la oferta de un conjunto de elementos interrelacionados dinámicamente a través de múltiples vías, que configuran sistemas de actuación/intervención sobre diferentes aspectos de la salud y sus alternativas.

Las ideologías que dirigen la convivencia humana en un territorio determinan los sistemas de servicios de protección que se ofrecen a la población, consistentes en un conjunto de actividades interrelacionadas, con objetivos comunes, que se organizan para proteger y fomentar la salud, resguardar el medio ambiente ecológico social y evitar la enfermedad y la muerte prematuras.

Contando con todo el desgarró que provocan las tensiones sociales económicas y políticas, el mundo actual es, más que otra cosa, un campo de batalla de ideologías que aspiran al poder. Nos

² COROMINAS, J. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, Gredos, 1984.

³ ARISTÓTELES. *Metafísica. Libro X. De la contrariedad*, Madrid, Aguilar, 1982.

⁴ ROCHER, G. *Introducción a la Sociología General*, Barcelona, Herder, 1975.

afectan severamente pero, pese a que los políticos las agitan ante nuestra cara, conocemos escasamente su fundamento, su metodología y su dinámica. En el devenir de la humanidad las ideas anteceden a la práctica, por eso conviene no olvidar la inevitable relación de toda ideología con la filosofía⁵. Los diversos sistemas sociales se estructuran en torno a las ideas predominantes en los diferentes momentos históricos de cada pueblo. Las actividades humanas se rigen por el pensamiento filosófico de quienes anticipan, visionariamente a veces, el sentido del devenir histórico de la convivencia entre humanos.

La mayoría de los pensadores, desde Platón hasta los sociólogos y politólogos contemporáneos, considera q somos seres gregarios y que la condición humana es propiamente social. Pero algunos filósofos –desde los cínicos griegos hasta determinados existencialistas y anarquistas- han encabezado corrientes individualistas sentenciando que la persona está sola y es incapaz de entrar en contacto profundo con otras personas. Todo esto ha solido trascender la construcción de políticas estatales, para infiltrarse en la estructuración de las diferentes instituciones y, finalmente, en la organización de la convivencia en paz (que Tomás de Aquino definía como “tranquilidad en el orden”) basada en formulaciones de vida saludables. Todas o parte de esas consideraciones podrían verse reflejadas, paradigmática pero no exclusivamente, en el ideario de T. Hobbes (“Leviatán, cap. 20), en el de J.J. Rousseau (“Emilio” y, sobre todo, “El contrato social”) y, tras un prolongado etcétera, recaer, entre otros posibles, en el poco al uso de Schopenhauer (“El mundo como voluntad y representación”, “Sobre la libertad humana”).⁶

Por ejemplo, para Rousseau, la aspiración a todo bien pasa por los principios de libertad e igualdad. La sociedad se origina por un contrato en el que cada uno transfiere su libertad y su igualdad voluntariamente, no a un grupo o a un individuo (como pensaba Hobbes), sino a toda la comunidad. Se supone que en cada tipo de contrato social (y los sistemas de salud públicos serían uno más de ellos) no se alteran esas prerrogativas sino que se reafirman y se transforman, desde su condición de naturales, en libertad e igualdad civiles. No sería asumible que la confección de sistemas sociales de salud supusiera la limitación o la pérdida del ejercicio de ambos principios inalienables. Así parece entenderlo la OMC (organización médico-colegial española) con la apreciación de que, en este milenio, el contrato social se ha reformulado sobre los principios de justicia social y primacía del bienestar del paciente, empezando por su autonomía.

4. EL AMBIENTE SOCIO-ECONÓMICO

Han sido muchos los diferentes modelos de organización social y económica en el transcurso de la Historia. A lo largo de los siglos XIX y XX, la preeminencia de los economistas redujo a aspectos relacionados con su disciplina gran parte de la reflexión social no definida estrictamente como filosófica. Nada extraño si pensamos que un siglo antes la Teoría económica era una rama de la Filosofía moral.

Después, la aplicación de las ideas de muchos notables del pensamiento económico (Adam Smith, David Ricardo, Marx o Keynes) fueron tanto o más movilizadoras por las filosofías sociales contenidas en sus teorías económicas que por el propio impulso científico de las mismas. El enorme poder de seducción e implantación socio-política de sus predicciones han convertido a aquellos gurús y otros de nuestro mundo actual, anclado en el afán de riqueza y de aspiración de bienes materiales, en definidores de las relaciones de las personas entre sí, de las personas con la sociedad y de las personas con la naturaleza. Puntos de inflexión como el de la división del trabajo social teorizada por Emile Durkheim, con la consiguiente diversificación de los diferentes cometidos y roles sociales, hicieron pensar a muchos economistas que esa división traduciría en incremento del bienestar, o lo que es lo mismo, en el aumento de felicidad porque mejoraría, entre otras cosas,

⁵ BORNE, E. *Las ideologías en el mundo actual*, Barcelona, Dopesa - Desclée de Brouwer, 1972.

⁶ KRETSCHMER PREGIZER. *A. Schopenhauer como precursor del pensamiento físico y biológico actual. Folia Humanistica*. T.V,53. Barcelona, Glarma,SA., 1967.

nuestro estado de salud, aunque este aserto, sin embargo, no resultara plausible para el propio Durkheim.⁷

Pese a todo, el entramado social que regula las relaciones y las normas de agrupamiento y división de cometidos y tareas, no permite separar los aspectos de salud de un colectivo social de los de su propio esquema orgánico y funcional, ya que la eficacia y adecuación de sus actividades repercuten, a su vez, sobre la salud individual y colectiva dando lugar a que la influencia del medio ambiente se superponga a la del medio social. Al margen de la ordenación política de la misma, en la salud influyen factores que son consecuencia de la mayor o menor eficacia con que se desarrollan las funciones de la colectividad.

En los diferentes sistemas nacionales de salud el criterio económico es determinante e impregna muchas de las decisiones profesionales dentro de la sistemática de la salud, porque en lo que no existe demasiada variación, cualquiera que sea el sistema sanitario que se plantee, es en el crecimiento del gasto sanitario provocado por la universalización de la asistencia (que supone la acogida, al menos en el Sistema Nacional de Salud español, desde la inmigración irregular de las oleadas de pateras hasta el desembarco por medios menos cruentos de desaprensivos turistas sanitarios), la incorporación de nuevas tecnologías y los medicamentos. En sintonía con lo anterior, un alto dirigente del NHS inglés advertía que nuestros sistemas de salud están realmente amenazados porque el gasto sanitario hace muchos años que está descontrolado, y sugería algunas acciones para asegurar su futuro, tales como construir una cultura de empresa compartida, reforzar el compromiso clínico y el liderazgo, involucrar a la población, no efectuar cambios estructurales, fomentar los sistemas integrados, apostar por la promoción de la salud y establecer un tipo de contrato diferente con la población en la que los gestores de la salud pública puedan recordar a sus administrados que los abusos contra sí mismos puede plantearles el duro dilema asistencial de asumir dónde empiezan y terminan sus responsabilidades y dónde empiezan y terminan las del sistema sanitario que les protege.⁸

5. EL MEDIO AMBIENTE LABORAL

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y su desarrollo en el RD. 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, ha impuesto una percepción de la salud laboral más cualificada y exigente de la que existía anteriormente en España.⁹ Hasta la transposición de la Directiva Marco europea al ordenamiento jurídico español, la salud de los trabajadores estaba solventemente organizada en torno a los servicios médicos de empresa (OSME), que contaban con el plus de colaboración con el sistema público, equiparando las consultas de medicina de empresa a una réplica de las de medicina general públicas.

La trascendencia de la salud laboral respecto a la salud general de la población aconsejó en su día al legislador incorporarla como elemento singularizado en la organización y estructuración sanitarias. Así, la ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, buscando propiciar la salud integral del trabajador, dedicaba (antes de su modificación por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública) los arts. 21 y 22 del capítulo IV a la Salud Laboral.

La Ley 31/1995 recoge múltiples aspectos generadores de salud pública mediante la aplicación de criterios de seguridad e higiene laborales y de ergonomía y psicología aplicada. Contempla también acciones de carácter sanitario, en colaboración con el Sistema Nacional de Salud, como pueden ser la vigilancia y control de la salud, la información sanitaria y la integración de los servicios médicos de empresa en el Servicio de Prevención, contemplado en la disposición adicional segunda del Reglamento de los Servicios de Prevención.

⁷ DURKHEIM, E. *La división del trabajo social*. Madrid, Daniel Jorro, editor. 1928.

⁸ VV.AA.: *Hacia la asistencia sanitaria integrada. "Asegurando el futuro del sistema de salud"*. KEY, P. Madrid, Medical Economics, 2011.

⁹ VV.AA.: *Las normas de seguridad y salud en el trabajo*, ALONSO OLEA, M. MONTOYA MELGAR, A.(DIR.) UIMP-Santander, Madrid, Mapfre, SA. 1999.

La Ley 31/1995 y el RD 39/1997 generaron un notable impulso investigador y divulgador de las políticas de prevención de riesgos laborales en España, abordando situaciones no suficientemente asumidas hasta entonces, como la protección de los trabajadores especialmente sensibles o la prevención de los riesgos de las mujeres en el trabajo.¹⁰

Y es que, el medio laboral, entendiéndolo por tal no sólo la ubicación material donde la persona desarrolla su cometido y funciones profesionales, sino la amplia irradiación al entorno social y familiar que completan sus condiciones de vida, constituye una referencia especialmente relevante en la construcción de una sistemática de bienestar para el mantenimiento de los adecuados niveles de homeostasis individual y de confort en las relaciones con el grupo familiar y social de referencia dentro del correspondiente marco comunitario.¹¹

6. SISTEMAS SANITARIOS

Para la OMS un sistema sanitario representa un dispositivo asistencial y preventivo de actividades y recursos, públicos o privados, a los que pueda acceder adecuadamente una población dada, provisto de suficiente dotación financiera, recursos de personal idóneo e infraestructuras materiales e instrumentales.

Esos sistemas sanitarios (fundamentalmente de salud, más que médicos) no serían otra cosa que la sistematización y aplicación, adecuadamente gestionados desde los Departamentos estatales o de la iniciativa particular, de los conocimientos teórico-prácticos que aportan el Derecho, la Sociología, la Economía, la Biología, la Medicina, la Ergonomía, la Arquitectura, la Ecología, la Religión, la Pedagogía, o la Ingeniería, entre otros.

Tantas referencias interdisciplinares configuran lo que podríamos denominar componentes básicos del nivel de vida confortable de un determinado territorio, como son las condiciones demográficas, los modelos de Seguridad Social, el ejercicio democrático de las libertades humanas, la alimentación y la nutrición, la educación, el desempleo y las condiciones laborales, la vivienda, las situaciones económico-financieras (ahorro, crédito, consumo, inversión), el transporte, el vestido, el ocio y el recreo.

Ya que no es fácil establecer un modelo único para resolver los problemas de salud de los diferentes colectivos, al menos los cometidos que afectan por igual a toda la población, como los referidos a la salud pública (con especial referencia al medio ambiente, al medio social y al medio laboral), deberían encomendarse, preferente aunque no exclusivamente, a la responsabilidad del Estado.

No obstante, la diversidad cultural, los diferentes valores de los grupos sociales, las cambiantes ideologías políticas y los distintos modos de abordar las situaciones de enfermedad desde el punto de vista social, han dado lugar a variados sistemas sanitario-Asistenciales.¹²

La legislación española ha contribuido al desarrollo de cualquiera de los entramados sanitarios posibles sentando las bases de actuación en cuanto a salud pública, derechos individuales de los pacientes, de los procedimientos o de las profesiones sanitarias, aprobando leyes como las que se mencionan a continuación.

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Esta Ley recoge, en sus Disposiciones Finales Primera, Segunda y Tercera, la modificación, por este orden, de las tres siguientes:

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad y del Sistema Nacional de Salud.

¹⁰ VV.AA.: *Prevención de riesgos de las mujeres en el trabajo. "Condicionantes psicosociales de las mujeres en el trabajo"*. DÍAZ FRANCO, J.J. (Dir.) UIMP-Santander, Madrid, Mapfre, S.A. 1999.

¹¹ MESTRE ROSSI, C. *El sistema sanitario y la salud*. Barcelona, Salvat Editores, 1982.

¹² AGUINAGA ROUSTAN, J. *Evaluación metodológica de la percepción de la problemática de la salud*. Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas. REIS, 1983.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

7. SALUD Y ACTIVIDAD MÉDICO FARMACÉUTICA

Es obligada reflexión de las situaciones que vivimos respecto de la apreciación de la salud. La visión cortoplacista de la misma ha entregado a la actividad médico-farmacéutica, mediando la ominosa omnipresencia de la enfermedad, un papel predominante sobre ella, con amplios poderes para abordarla, pero concretados casi monográficamente en su diagnóstico (con la incorporación de nuevas tecnologías) y tratamiento (especialmente, el farmacológico), lo que confiere a la profesión médica el poder de asignar más del 90 % de los costes variables del Sistema. Esta asumida subordinación ha alejado del primer plano de la acción otras actividades profesionales cuya eficacia se proyectaría no tanto en el corto plazo de la actividad médico-farmacéutica como en el medio o largo plazo. En un caso estamos ante un preponderante y oneroso, a fuer de necesario, sistema médico asistencial; en el otro, ante un hipotético sistema de prácticas preventivas, de efectos ciertos y beneficiosos, para conjurar situaciones tóxicas diferidas y remotas, al que los gestores políticos de turno no suelen optar, prioritariamente, por su cuestionable rendimiento electoral o porque no lo consideran idóneo.

Sin dejar de reconocer la connivencia mayoritaria con esa preponderancia médico-farmacéutica en la organización de los diversos operativos de salud, sería conveniente inducir en la conciencia ciudadana, para que lo trasladase a los políticos que la representan, la idea de que la salud es una responsabilidad colectiva, o sea, de todos y cada uno de nosotros; y, aún más, solidariamente exigible e irrenunciable. Los gestores de la salud en una sociedad libre y avanzada somos todos, dado que toda actividad, individual o colectiva, de los individuos en sociedad repercute, directa o indirectamente, en el medio ambiente y la salud pública.

Existe cierto grado de unanimidad en la necesidad de la universalización de la atención de salud, pero una elocuente degradación de la misma cuando, tratando de operativizarla (Ley de extranjería y políticas migratorias actuales), aparecen las confrontaciones de las ideologías políticas que invaden y secuestran el campo sanitario con decisiones drásticas, ampliamente cuestionables en muchos casos, que lesionan los intereses de los profesionales sanitarios y de los usuarios a beneficio de inventario partidista. Como inevitable reacción a esta acción prepotente y electoralista de las formaciones políticas, además de los posicionamientos económicos de rigor (que el populismo conjura utópicamente), se vienen levantando, ahora y antes, otros planteamientos utópicos contra el poder administrativo y la iatrogenia médica, que motivan reflexión y rechazo benevolente, a un tiempo. Así, el ya clásico “Némesis médica (La expropiación de la salud)”, de Iván Illich,¹³ que previene a la sociedad contra una iatrogenia clínica, social y estructural, y define la salud como la intensidad con que las personas solucionan o se adaptan a sus problemas internos y externos.

Como no todos los integrantes de la ciudadanía están técnicamente cualificados, se debería evitar o, cuanto menos, ponderar, que las profesiones sanitarias monopolizaran la salud y la organizaran a su criterio, imponiéndolo al de otras profesiones técnicas idóneas en el ámbito de la salud, entre otras cosas porque propician que la sociedad se medicalice, consecuencia inevitable de la delegación de poder en las profesiones sanitarias, especialmente en la médica. El intento de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS) no se ha acreditado como referencia especialmente clarificadora.

Por el contrario, al margen de los grandes propósitos y los planes pomposos, debiera ser fomentada, a medio y largo plazo, una actitud proactiva que apueste por la promoción de la salud, la educación para la salud y la prevención multifactorial de la salud.

Se echa de menos que, junto a los docentes que atienden a la formación de niños y adolescentes, no tengan sus padres y tutores un papel más efectivo y reconocible (aunque cuente con una teórica

¹³ ILLICH, I. *Némesis Médica. La expropiación de la salud*. Barcelona, Barral, 1975.

presencia legal) en la implantación y control de valores en la escuela, entre los que debieran figurar criterios en torno a la salud y la seguridad personal y colectiva.

Cuando los conocimientos son más fácilmente interiorizables en las conciencias de los futuros ciudadanos adultos, la labor de los padres y los educadores se hace insoslayable e irrenunciable. Hay que actuar y ofrecerles, sin imposiciones estatales, la formación pertinente en ese período de edad de los menores, no superior al de los doce años de edad, en que se configura la psicomotricidad en los seres humanos y se fija la capacidad de respuesta automática a las situaciones de emergencia vital, entre ellas las referidas a la salud y la seguridad.

Es el momento de insertar en las conciencias en formación, lejos de los vitandos adoctrinamientos ideológicos, la imprescindibilidad de los hábitos higiénicos: desde los referidos al aseo corporal hasta los de higiene mental, pasando por los alimentarios y dietéticos, los evacuatorios, los sexuales y los del sueño. Y lo mismo se diga de los hábitos de seguridad doméstica, vial y laboral. La simple interiorización de un lema tan sencillo como el de “peligro, igual a cosa prohibida”, podría ser causa de evitación de muchos accidentes domésticos, viales y laborales causantes de innumerables víctimas en las sucesivas edades de la vida de las personas.

Pero eso exigiría una conciencia previa sobre lo planteado para debatir en profundidad e implantar universalmente lo anterior en la actuación parlamentaria de los legisladores y ejecutores del poder (de la que tal vez carecen porque no la tuvieron desde la infancia), y coraje cívico y altura de miras propias de hombres y mujeres con visión de Estado para darle a la educación y a sus gestores absoluta prioridad. Así lo hacen algunos países septentrionales de nuestra área de referencia con notables logros en la mejora de la convivencia y del estado de salud de sus ciudadanos.

Precisamente, desde el respeto a sus conciudadanos y a una utópica unidad de criterio entre los distintos territorios españoles (en el supuesto que se tenga asumido que el concepto nación no debiera ser discutido, ni discutible) sería un desiderátum conseguir la armonización nacional en aspectos como la Educación, la Sanidad y la Justicia. No hace tantos años lo fue, pero ahora se presume difícil (léase, imposible), habida cuenta la desarmonización e inequidad autonómicas, la existencia de fuertes tensiones secesionistas y la elocuente inhibición política para reconducir y canalizar hacia un único cauce algunas posibles matizaciones constitucionales (de las no constitucionales ¿para qué hablar?).

II. LA FAMILIA

La familia es la más antigua de las instituciones sociales humanas. Sin embargo, siguen siendo oscuros tanto sus orígenes¹⁴ como las etapas que ha atravesado en el curso de su desarrollo¹⁵ hasta llegar a la actual multiplicidad de formas. Como máximo podemos decir que hay algunos modelos de familia totalmente inadecuados para determinadas configuraciones ambientales y culturales.

El término familia se aplica indiscriminadamente a dos unidades sociales básicamente diferentes en su composición y en sus posibilidades funcionales: o bien nos referimos a un grupo íntimo y fuertemente organizado compuesto por los cónyuges y los descendientes (familia conyugal), o bien aludimos a un grupo difuso y poco organizado de parientes consanguíneos (familia consanguínea).

La familia consanguínea es una creación social artificial que nunca se delimita únicamente sobre una base biológica (consanguínea); en cambio, la familia conyugal es una unidad biológica que, incluso como institución formal, alberga una serie de pautas de comportamiento tan íntimamente relacionadas con las características biológicas y psicológicas de la estirpe humana que resulta difícil imaginar cómo podría haber sobrevivido sin ella nuestra especie.

En España, la relación continua entre un hombre y una mujer constituía (hasta la legalización del matrimonio homosexual, Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio) la base de toda unidad familiar conyugal, pero en estas unidades

¹⁴ ENGELS, F. “El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado”. Editorial Claridad. Buenos Aires, 1964.

¹⁵ MÜLLER-LYER, F. *La familia*. Madrid, Revista de Occidente, 1930.

entran también otras relaciones: la de los padres con los hijos y la de los hijos entre sí. El hecho de que estas asociaciones sean más o menos fortuitas no impide que constituyan una ocasión para el desarrollo de los ajustes mutuos de la personalidad y de fuertes vínculos de afecto al que se incorporan con facilidad los hijos adoptados, los padrastros, madrastras y hermanastros, o los posibles acogimientos.

El período de dependencia de los hijos respecto a los adultos en lo físico y en lo psíquico es esencial; al mismo tiempo, la interrelación entre hermanos y hermanas desempeña un papel muy importante en su socialización y en el desarrollo de una personalidad flexible, en la valoración de sus aptitudes y defectos, en las pautas y normas sociales y en la interiorización de las conductas saludables más adecuadas. Estos ajustes mutuos de los hermanos durante el período de residencia y dependencia común respecto a los padres, sobreviven en la vida adulta.

En todo caso, a efectos estadísticos y para abordar, entre otras, algunas consideraciones desde el punto de vista social o sanitario podrían establecerse los siguientes tipos de familia:

- Familia Nuclear: formada por la madre, el padre y los hijos; es el modelo de familia clásica.
- Familia Extensa: formada por parientes cuyas relaciones no son únicamente entre padres e hijos. Una familia extensa puede incluir abuelos, tíos, primos y otros consanguíneos o afines.
- Familia Monoparental: formada por uno solo de los padres (la mayoría de las veces, la madre) y sus hijos. Puede tener diversos orígenes: el fallecimiento de uno de los cónyuges, la separación o divorcio de los progenitores quedando los hijos con uno de los dos, el embarazo precoz no deseado y otros posibles sucesivos, o el embarazo deseado sin voluntad de compartirlo con otro progenitor (bien sea por fecundación “in vitro” o por gestación subrogada, siendo posible en este caso que sea un varón quien opte por la paternidad no compartida) constituyéndose en ambos casos una familia de madre o padre solteros.
- Familia Homoparental: formada por una pareja homosexual (hombres o mujeres) y sus hijos biológicos o adoptados.
- Familia Ensamblada: está formada por agregados de dos o más familias (ejemplo: madre o padre solos, viudos o separados, con hijos, que forman familia). En este tipo también se incluyen aquellas familias conformadas solamente por hermanos, o por amigos, donde el sentido de la palabra “familia” no tiene que ver con parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos, convivencia y solidaridad, entre quienes viven juntos en el mismo espacio.
- Familia de Hecho: este tipo de familia tiene lugar cuando la pareja convive sin ningún enlace legal.

1. LA FAMILIA EN ESPAÑA

Aunque todas las referencias que se vienen manejando podrían ser válidas para conjuntos familiares indeterminados, parece adecuado hacer alguna alusión más explícita a la familia española, como modelo más inmediato.

En su composición y formas, la familia española ha variado mucho en las últimas décadas, como reflejo y expresión de los cambios ideológicos y de valores que la sociología y la política han ido propiciando. En algunos casos, verdaderos diseños de ingeniería social aplicados a una sociedad sometida a altas dosis de buenismo político y de justicia retardada. Así, la sociedad y las familias españolas se han visto aludidas por disposiciones legales de alto calado ideológico impuestas por mayorías parlamentarias democráticas, pero no sensibles al amplio malestar generado en su contra con asuntos tales como la educación para la ciudadanía, , la unión conyugal entre personas del mismo sexo o la de igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Conviene desarrollar brevemente los apartados anteriores, toda vez que esas disposiciones legales han influido hondamente en las conciencias de los ciudadanos, integrantes de grupos familiares, o de asociaciones políticas, o de uno u otro componente del 50 % de la experiencia humana, o de la legítima opción de la expresión de su sexualidad. Y, desde luego, son relevantes en la situación del estado de salud pública social (denunciando rotundamente cualquier conato discriminatorio), mental (apreciando de la normalidad mental estadística, pero con tolerancia para las peculiaridades del prójimo y respeto con las exenciones legales) y biológico (corresponsabilizándonos con el propio cuidado y con el del medio ambiente animado e inerte).

Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos es el nombre que recibió una asignatura diseñada para el último ciclo de la Educación Primaria y toda la Educación Secundaria en España que fue aprobada por el Parlamento Español de acuerdo con la Ley Orgánica de Educación. Consistía, para sus promotores, en la enseñanza de los valores democráticos y constitucionales.

El contenido apareció en el Real Decreto 1513/2006 de 7 de diciembre, por el que se regulan las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria y el Real Decreto 1631/2006 de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria.

Según establecía el Real Decreto 1631/2006, la Educación para la Ciudadanía tiene como objetivo favorecer el desarrollo de personas libres e íntegras a través de la consolidación de la autoestima, la dignidad personal, la libertad y la responsabilidad y la formación de futuros ciudadanos con criterio propio, respetuosos, participativos y solidarios, que conozcan sus derechos, asuman sus deberes y desarrollen hábitos cívicos para que puedan ejercer la ciudadanía de forma eficaz y responsable.

La negativa del Gobierno Español a aceptar la "objección de conciencia" planteada a la imposición de la asignatura por su presunto contenido sectario e invasor de la competencia de las familias en la educación de sus hijos, llevó a algunos padres a recurrir ante el tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Francia) y ante los Tribunales Superiores de Justicia de sus Comunidades Autónomas, con resultado desigual.

El 28 de enero de 2009 el Tribunal Supremo unificó doctrina dictaminando en contra de la objeción a la asignatura. Pese a la sentencia del Tribunal Supremo, en noviembre de 2010 el Tribunal Constitucional admitió a trámite varios recursos de amparo contra Educación para Ciudadanía. La sentencia aún está pendiente.

En 2012 se anunció que la asignatura sería sustituida por otra llamada Educación Cívica Constitucional, «libre de cuestiones controvertidas» y «no susceptible de adoctrinamiento ideológico». Fue suprimida, como asignatura íntegra, apareciendo de manera transversal en la Ley Orgánica 8/2013 de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE).

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, explica en la exposición de motivos: "La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta".

Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja.

En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos (entre otros, los referidos a derechos y prestaciones sociales o la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción) y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen

en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes.

Es notorio que la trascendencia socio-familiar de esta disposición legal repercute en cualquier planteamiento de salud integral que pueda incoarse.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (texto consolidado de 27 de julio de 2013).

A efectos de las consecuencias sobre la salud familiar, conviene destacar en esta ley los arts. 8, 27 y 44 (sobre discriminación por embarazo o maternidad, integración del principio de igualdad en la política de salud y derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, respectivamente).

Pese a que el ordenamiento jurídico español cuenta con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con la reforma laboral aprobada por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero que supone cambios en el Estatuto de los Trabajadores y con la ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, la UE plantea dos medidas correctoras que permitirían mejorar las condiciones objetivas de salud laboral de la población trabajadora femenina:

La primera es que los Estados miembros deben aumentar el permiso de maternidad mínimo de 14 semanas a 18, según la recomendación de la OIT, al tiempo que deben garantizar la protección del empleo de las mujeres que se acogen a este permiso o se reincorporen al trabajo tras él. España contempla 21 semanas de baja conjunta por maternidad, muy por debajo de las que mantienen algunos países septentrionales europeos. De estas 21 semanas, las seis primeras son obligatorias para la madre, mientras que las otras diez se pueden repartir entre el padre y la madre de forma simultánea o consecutiva. Por su parte, el padre cuenta con una semana más (ahora 5) de baja por paternidad desde el mismo mes (julio de 2018) en que se redacta este texto.

La segunda es que los Estados miembros deben luchar contra la discriminación de la que son víctimas las madres y las gestantes por parte de los empresarios, tanto en lo que se refiere a la contratación como a la promoción.

2. PRESTACIONES FAMILIARES

Las prestaciones familiares del Estado Español, contempladas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, abarcan las dos modalidades, de carácter contributivo y no contributivo.

Las prestaciones familiares en su modalidad contributiva y de carácter no económico, están destinadas sólo a trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social, que reúnan los requisitos exigidos y que hagan uso de sus derechos a excedencia o reducción de jornada de trabajo por cuidar a determinados familiares. Estas prestaciones consisten en considerar como cotizados determinados períodos de tiempo no trabajados por razones familiares.

Las prestaciones familiares de la Seguridad Social en su modalidad de no contributivas y de carácter económico están destinadas a cubrir las situaciones de necesidad derivadas de la falta de ingresos o del exceso de gastos que produce, para determinadas personas, la existencia de responsabilidades familiares, y el nacimiento o adopción de hijos, o el acogimiento de menores. Las prestaciones económicas vigentes en esta modalidad no contributiva son las siguientes:

- Asignación económica por hijo o menor a cargo.
- Prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad.
- Prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

3. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Si hemos de hablar sobre salud familiar, parece imprescindible que tengamos en cuenta las referencias legales sobre esta institución, comenzando por lo que recoja al respecto la ley de leyes de la Nación Española, su Constitución.

La Constitución de 1978 vigente en nuestro País no abunda en contenidos reguladores de la institución familiar; a este aparente descuido habría que añadir cierta ambigüedad con la que muchos de los derechos aparecen reconocidos, lo que deja en gran parte a la legislación y a la práctica judicial su interpretación adecuada.

Que haga mención directa de la familia, la Constitución sólo cuenta con el párrafo primero del art. 39: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”

En otros dos párrafos de este mismo artículo se establece la obligación de los poderes públicos y de los padres de proteger y prestar asistencia a los hijos (“con independencia de su filiación” o si son “habidos dentro o fuera del matrimonio”). En cambio, se encomienda en exclusiva a los poderes públicos la obligación de prestar protección a la madre (“cualquiera que sea su estado civil”).

Indagamos qué entiende la Constitución por familia, habida cuenta de la variedad de tipos de la misma. Con Ferdinand Tönnies, asumimos que la familia está vinculada a cuatro grandes formas de comunidad: la camaradería, la economía, el derecho y la religión¹⁶. Conforme a esta idea, la manera de producirse de una familia dependería de cómo se interpretan las normas de relación entre personas que conviven para satisfacer las necesidades primarias de la relación entre los sexos, de la comensalidad compartida bajo un techo común, de cómo se ajusta ese grupo a un orden económico, de qué normas jurídicas regulan las relaciones entre sus miembros y por qué normas éticas se guían.

Siguiendo el criterio del profesor Sánchez Agesta¹⁷ existirían a partir de esa protección sancionada en el primer párrafo del art.39, otros artículos vinculados a la regulación de la familia (art. 32) y a su protección especial (art. 53,1). A su vez, los artículos anteriores acogerían protecciones indirectas, como las referidas al derecho al honor y a la intimidad personal y familiar (art. 20).

La definición de la familia como una unidad de asistencia, se encuentra, por ejemplo, recogida en el art. 50 que, al definir como un principio más de la política social y económica la atención a los ciudadanos durante la tercera edad, destaca implícitamente una función de la familia como agencia general de bienestar, una unidad de asistencia que atiende a sus miembros a lo largo de su ciclo vital:

“Asimismo y con independencia de las obligaciones familiares los poderes públicos promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio” (art. 50, 2).

Íntimamente vinculado a la protección económica social y jurídica de la familia se situaría el derecho de todos los españoles “a una vivienda justa y adecuada” (art. 27), porque ese derecho, entre los que menciona el art. 50, entraña el disfrute de un hogar, que es la base de la convivencia familiar, al amparo de la intimidad familiar recogida en el art. 18.

En cuanto a la función económica de la familia como una unidad de consumo, habría que recordar el deber y el derecho al trabajo de los ciudadanos, cuya remuneración debe permitir la satisfacción de las necesidades del trabajador y de su familia (art. 35). Y, en caso contrario, la posibilidad de recibir prestaciones sociales por desempleo.

La función de la familia como educadora y agente de socialización está recogida en el art. 27 de la Constitución. La familia no sólo transmite vida sino también creencias religiosas y formación ética (art. 27, 3) y tiene reconocido un derecho general a orientar la enseñanza de sus hijos. La Constitución ampara la libertad de creación de centros docentes y el derecho de los padres a elegir para sus hijos establecimientos de enseñanza que no sean mantenidos por los poderes públicos (art.

¹⁶ MARTÍN LÓPEZ, E. *Textos de Sociología de la familia: una relectura de los clásicos (Linton, Tönnies, Weber y Simmel)*. Madrid, Rialp, 1993.

¹⁷ SÁNCHEZ AGESTA, L. *Protección jurídica de la familia*. Madrid, Anales de Moral Social y Económica, 1982.

27, 6) y en cuanto se reconoce el derecho de todos los sectores afectados, y en especial a los padres, a intervenir en la programación, control y gestión de “todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos” (art. 27, 5 y 7). La opción entre centros públicos y privados y la participación en el control y gestión de aquellos, garantizan esa función de la familia para orientar la educación de sus hijos más allá del ámbito del hogar.

III. MODELOS DE ATENCIÓN INTEGRAL DE SALUD FAMILIAR Y COMUNITARIA

1. CUATRO FUNDAMENTOS PARA UN PROGRAMA DE SALUD

- *Integralidad.* La persona es un continuo psicosomático, no dissociable de su ámbito de convivencia, ni parcelable con fines terapéuticos. Contempla igualmente este apartado la continuidad en el proceso asistencial: promoción y prevención (proceso primario), diagnóstico y tratamiento (proceso secundario) y rehabilitación, si procede (proceso terciario), finalizando en la deseable curación o en el indeseado deceso y en la actuación postventiva (tras el evento) con los familiares y deudos, que no suele ejercerse sistemáticamente, salvo a petición de parte por reacción patológica a la pérdida.
- *Integración.* La acción socio-sanitaria sobre las personas, las familias y las comunidades exige un plan unitario de gestión adecuada de sus necesidades, y no diversificado en ineficientes vías asistenciales paralelas, con dispersión de la financiación de las diferentes redes existentes y la más que posible falta de coordinación y unidad de criterio en las prestaciones mutuas (con recelos, reticencias o actitudes competidoras inasumibles) entre las instancias administrativas que las subvencionan.
- *Sectorización.* La accesibilidad es un componente esencial para la facilitación e implicación de la población en la atención institucional y en el autocuidado. Inmediatez o cercanía favorecen las buenas prácticas de salud.
- *Participación comunitaria.* La implicación de la comunidad y en la comunidad es esencial. Un problema de salud no puede darse por resuelto si la comunidad y la persona no lo comprenden, no lo asumen y no participan en su solución.

2. CONCEPTOS Y CONTENIDOS EN UN PROGRAMA DE SALUD

Promoción de la salud: Proceso de capacitación de la persona para controlar y mejorar su salud (OMS). Otros la conceptualizan como un proceso utilizado para motivar, educar o proveer de recursos que incrementen el bienestar individual y social, reduciendo los riesgos para la salud y desarrollando oportunidades para satisfacer las demandas personales, sociales y ambientales.

Prevención de la salud: Medida que se toma con anticipación para un determinado fin o para hacer frente a un posible daño, peligro o molestia. Se relaciona con la previsión (cálculo anticipado; cosa planeada, programada) y el prever (conocer, o creer conocer, por anticipado lo que va a suceder).

Proacción: Actitud en la que la persona asume el pleno control de su conducta vital de modo activo, que implica asumir la iniciativa en el desarrollo de acciones creativas y audaces para generar mejoras, haciendo prevalecer la libertad de elección sobre las circunstancias de la vida.

Homeostasis: Conjunto de procesos fisiológicos coordinados que mantienen la mayoría de los estados invariables en el organismo (Cannon).

3. MODELOS INTERNACIONALES DE ATENCIÓN INTEGRAL DE SALUD FAMILIAR Y COMUNITARIA

A) El modelo de Atención Primaria

Si existe un punto de partida idóneo para abordar el tratamiento de la atención integral de la Salud Familiar y Comunitaria no puede ser otro que el que recoge la *Declaración de Alma-Ata*.

Alma-Ata, capital del Kazajistán (o Kazakhtán) soviético (entonces, una de las Repúblicas de la extinta URSS), acogió, entre el 6 y el 12 de septiembre de 1978, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, convocada por la necesidad de una acción urgente de todos los gobiernos, de todo el personal de salud y de desarrollo y de la comunidad mundial para proteger y promover la salud de todos los pueblos del mundo.

La Conferencia reiteró que la salud, es un derecho humano fundamental (punto 1).

Consideraban los reunidos en esta Conferencia que la promoción y protección de la salud del pueblo es indispensable para un desarrollo económico y social sostenido que contribuya a mejorar la calidad de la vida y a alcanzar la paz mundial (punto 3).

Resaltando la trascendencia de la participación comunitaria, afirma que el pueblo tiene el derecho y el deber de participar individual y colectivamente en la planificación y aplicación de su atención de salud (punto 4).

Los poderes públicos tienen un cometido relevante en este proceso, por lo que se reclama que los gobiernos se impongan la obligación de cuidar la salud de sus pueblos, obligación que sólo puede cumplirse mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas. Y cita la atención primaria de salud como la clave para alcanzar esa meta, formando parte del desarrollo conforme al espíritu de la justicia social (punto 5).

La Declaración define que la *atención primaria de salud* es la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad mediante su plena participación y a un coste que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación.

La atención primaria forma parte integrante tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo social y económico global de la comunidad. Representa el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el sistema nacional de salud, llevando lo más cerca posible la atención de salud al lugar donde residen y trabajan las personas, y constituye el primer elemento de un proceso permanente de asistencia sanitaria (punto 6).

La atención primaria de salud, según la Declaración de Alma-Ata:

1. es a la vez un reflejo y una consecuencia de las condiciones económicas y de las características socioculturales y políticas del país y de sus comunidades, y se basa en la aplicación de los resultados pertinentes de las investigaciones sociales, biomédicas y sobre servicios de salud y en la experiencia acumulada en materia de salud pública;
2. se orienta hacia los principales problemas de salud de la comunidad y presta los servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación necesarios para resolver esos problemas;
3. comprende, cuando menos, las siguientes actividades: la educación sobre los principales problemas de salud y sobre los métodos de prevención y de lucha correspondientes; la promoción del suministro de alimentos y de una nutrición apropiada, un abastecimiento adecuado de agua potable y saneamiento básico; la asistencia materno-infantil, con inclusión de la planificación de la familia; la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y lucha

contra las enfermedades endémicas locales; el tratamiento apropiado de las enfermedades y traumatismos comunes; y el suministro de medicamentos esenciales;

4. entraña la participación, además del sector sanitario, de todos los sectores y campos de actividad conexos del desarrollo nacional y comunitario, en particular la agricultura, la zootecnia, la alimentación, la industria, la educación, la vivienda, las obras públicas, las comunicaciones y otros sectores y exige los esfuerzos coordinados de todos esos sectores;
5. exige y fomenta en grado máximo la autorresponsabilidad y la participación de la comunidad y del individuo en la planificación, la organización, el funcionamiento y el control de la atención primaria de salud, sacando el mayor partido posible de los recursos locales y nacionales y de otros recursos disponibles, y con tal fin desarrolla mediante la educación apropiada la capacidad de las comunidades para participar;
6. debe estar asistida por sistemas de envío de casos integrados, funcionales y que se apoyen mutuamente, a fin de llegar al mejoramiento progresivo de la atención sanitaria completa para todos, dando prioridad a los más necesitados;
7. se basa, tanto en el plano local como en el de referencia y consulta de casos, en personal de salud, con inclusión según proceda, de médicos, enfermeras, parteras, auxiliares y trabajadores de la comunidad, así como de personas que practican la medicina tradicional, en la medida que se necesiten, con el adiestramiento debido en lo social y en lo técnico, para trabajar como un equipo de salud y atender las necesidades de salud expresas de la comunidad (punto 7).

Todos los países deben cooperar, con espíritu de solidaridad y de servicio, a fin de garantizar la atención primaria de salud para todo el pueblo, ya que el logro de la salud por el pueblo de un país interesa y beneficia directamente a todos los demás países (punto 9).

Los resultados de la aplicación práctica de la Declaración de Alma-Ata arrojaron algunas evidencias, tales como la necesidad de que la gente debe participar en la gestión de su propia salud y que los programas de salud deben responder a necesidades reales y verdaderamente sentidas por la población, cuyo consentimiento y colaboración son esenciales.

Tras el impacto de la Conferencia de Alma-Ata se sucedieron otros encuentros en que se insistía en el espíritu y la metodología inaugurados por la Declaración de Alma-Ata. Así, a partir de 1986, se han celebrado nueve Conferencias Internacionales para la Promoción de la Salud en diferentes ciudades del mundo. Esta es su relación:

- Ottawa (Canadá). “Carta de Ottawa”. 1986.
- Adelaida (Australia). “Recomendación de Adelaida”. 1988.
- Sundsvall (Suecia). “Declaración de Sundsvall”. 1991.
- Yakarta (Indonesia). “Declaración de Yakarta”. 1997.
- C. México (México). “Declaración de México”. 2000.
- Bangkok (Indonesia). “Declaración de Bangkok. 2006.
- Nairobi (Kenia). “Llamamiento de Nairobi”. 2009.
- Helsinki (Finlandia). “Declaración de Helsinki”. 2013.
- Shanghai (China). “Declaración de Shanghai”. 2016.

Por la relevancia en Salud Pública de los postulados sobre Promoción de la Salud recogidos en la *Declaración de Ottawa* y porque marcó la orientación de las reuniones siguientes, conviene recordar sus conclusiones: construir una política pública sanitaria, crear un medio ambiente favorable, fortalecer la acción comunitaria, desarrollar las actitudes personales y reorientar los servicios sanitarios.

A tenor de estos cinco puntos trascendentales enunciados en la Carta de Ottawa a propósito de la promoción de la salud, cada una de los siguientes ocho documentos definitorios del trabajo realizado en las otras tantas Conferencias Internacionales, constituye un nuevo impulso programático para el avance en la atención integral de la salud de los diferentes pueblos de los cinco continentes, cuyas propuestas golpean con fuerza insuficiente las conciencias de los políticos que debieran implantarlas. La opción de la participación ciudadana y la escasa aportación económica y estratégica al desarrollo de la promoción de la salud pierden terreno frente a las amplias competencias en la gestión de la salud y la enfermedad asignados al estamento sanitario convencional, pese a que aquellas debieran legitimarse frente a la posición de la medicina científica actual en que hay un predominio fisiológico y biológico en su definición de los conceptos de salud y de enfermedad.

B) El modelo de la Seguridad Social

La Seguridad Social se encuentra vinculada con el bienestar social respaldado por la cobertura de las necesidades socialmente reconocidas, como la pobreza, la vejez, las discapacidades, el desempleo, las familias con niños y otras.

El Departamento de Seguridad Social de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra), junto con su Centro Internacional de Formación (Turín) y la Asociación Internacional de Seguridad Social (Ginebra), publicó, en 1991, un clarificador documento titulado “Administración de la Seguridad Social”, donde definía la Seguridad Social como:

“La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos” (OIT, 2008).

El desarrollo y puesta en práctica de esta definición constituye un perfecto modelo de Atención Integral de Salud Familiar y Comunitaria.

4. MODELOS ESPAÑOLES DE ATENCIÓN INTEGRAL DE SALUD FAMILIAR Y COMUNITARIA

A) Modelo de Seguridad Social

Fuera del ámbito internacional, “la Seguridad Social en España es el principal sistema de protección social del Estado. Su finalidad es garantizar unas prestaciones sociales concretas e individualizadas (contributivas o no contributivas) para hacer frente a determinadas contingencias que pueden situar a la persona (y a quienes dependen de ella) en situación de necesidad.¹⁸

B) Modelos sanitarios con proyección socio-sanitaria

Dice Laín Entralgo¹⁹ que, desde que la Medicina se constituye en práctica profesional, está abocada a sufrir tensiones esenciales por el hecho de que es, a la vez, una actividad técnica y social por constituir un “sistema particular”, dentro del general “sistema social”. Y entiende que la estructura integral de la acción médica tiene cuatro coordenadas correspondientes a su momento científico-técnico, su momento económico, su momento político y su momento ético.

Estas coordenadas marcan cualquier tipo de intento individual o colectivo, programático o aprogramático, de la práctica médica. Por este motivo, la Medicina pública y la privada, se autolegitiman en su ejercicio manteniéndose dentro de esos límites conceptuales.

¹⁸ ABASCAL RUIZ, J.A. *Acciones y Palabras. Sociedad, Seguridad Social y Asistencia Sanitaria*. Barcelona, Ed. Planeta, 2012.

¹⁹ LAÍN ENTRALGO, P. *La Medicina actual*. Seminarios y Ediciones, SA. Madrid, 1973.

La división del trabajo médico en Especialidades orientadas preferentemente a ámbitos sociales (por ejemplo, familia y comunidad, trabajo, salud pública) o a los diferentes sistemas orgánicos, aunque todas en el entorno de un mismo objeto científico (la persona enferma que precisa ser asistida), permite visualizar más claramente la acción de algunas de ellas sobre la salud integral de los ciudadanos, así las de Medicina Familiar y Comunitaria, Medicina del Trabajo, Medicina Preventiva y Salud Pública y Medicina de la Educación Física y el Deporte.

a) Modelo de Medicina Familiar y Comunitaria.²⁰

La Especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria, desde su creación en 1978, coincidiendo con la Declaración de Alma-Ata, aborda grupos poblacionales y grupos con factores de riesgo de todas las edades (niños, adolescentes, adultos, ancianos), género (mujeres), condiciones laborales (trabajadores), sociales (discapacitados, excluidos), familiares (cuidadores, duelo, violencia) o pacientes precarizados (inmovilizados, terminales).

El impacto mundial de Alma-Ata impulsó la equidad en el reparto de recursos sanitarios pero, en España las inversiones en atención primaria no han mejorado y ha decaído la capacidad operativa de los médicos para afrontar algunos retos y sus consecuencias.

Retos serían: el creciente envejecimiento de una población con mayor esperanza de vida, la universalización de la asistencia médica a toda la población (incluida inmigración ilegal y el turismo sanitario) y el riesgo de medicalización de algunos problemas sociales.

Y, como consecuencia de lo anterior, la masificación y la disminución del tiempo de consulta por paciente, el aumento de la presión asistencial en las consultas a demanda y la disminución de la actividad programada, la atención domiciliaria y las actividades no asistenciales; producto de todo ello es la insatisfacción del usuario y la desmotivación del facultativo de atención primaria.

La familia juega un papel incuestionable en los procesos de salud/enfermedad de los miembros que la componen. Es evidente que la salud de una comunidad depende en buena medida de la salud biopsicosocial de sus redes familiares. Por tanto, la familia no sólo es una variable importante para la prevención de la enfermedad y de la promoción de la salud sino que se convierte en esencial para la asistencia, rehabilitación y cura.

La familia es la principal fuente de ayuda frente a la enfermedad de alguno de sus miembros. Sensu contrario, la disfunción familiar puede desempeñar un papel importante en la aparición y mantenimiento de la enfermedad, si bien existen distintos patrones de respuesta familiar frente a la aparición y desarrollo de las enfermedades. Además, las características familiares pueden determinar la relación de sus miembros con el sistema sanitario.

La orientación familiar valora el síntoma o la demanda individual tomando como referencia el contexto familiar del individuo. No se trata de sustituir al individuo por la familia como unidad de cuidados sino de imaginar al sujeto dentro de su contexto familiar y de tomar a éste último como referencia del problema de salud/enfermedad que se nos está planteando. La orientación familiar se apoya en dos premisas fundamentales: la aceptación del modelo biopsicosocial y la incorporación del pensamiento sistémico.

Una opción más avanzada de la orientación familiar exigiría entrenamiento específico para detectar las disfunciones que puedan existir en el ámbito familiar e intentar neutralizarlas. A este procedimiento cabría denominarlo como abordaje familiar, ya que se actuaría sobre el sistema familiar mediante una intervención terapéutica selectiva porque existen situaciones en las que la intervención sobre toda la familia como unidad puede ofrecer ventajas frente al abordaje individual. El instrumento básico de intervención para este tipo de abordaje es la entrevista familiar y su fundamento teórico radica, igualmente, en la teoría general de los sistemas y la teoría de la comunicación, además de en el constructivismo radical.

²⁰ VV.AA. *Programa oficial de la Especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria*. Ministerio de Sanidad. Madrid, 2005.

También se plantean las necesidades de salud del conjunto de la población, a la que se atiende considerando que las actividades comunitarias, como estrategia de promoción de la salud, forman parte del nexo de unión entre la atención individual y comunitaria y de los puentes que han de establecerse entre ambas, evitando concebirlas como independientes y no relacionadas.

Se considera conveniente la capacitación (empowerment) de los ciudadanos y sus organizaciones, haciéndoles partícipes y protagonistas en el cuidado y promoción de su salud.

C) Modelo de Medicina del Trabajo²¹

En 1950, la OMS y la OIT definieron la Medicina del Trabajo como “una Especialidad médica que, aislada o comunitariamente, estudia los medios preventivos para conseguir el más alto grado posible de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con su capacidad y riesgos del trabajo, el ambiente laboral y la influencia de este en su entorno; así mismo promueve los medios para el diagnóstico, tratamiento, adaptación, rehabilitación y calificación de la patología producida o condicionada por el trabajo.”

La legitimación del proyecto integral que puede construirse alrededor del marco de la Medicina del Trabajo en beneficio de la familia trabajadora y de la comunidad que la acoge, proviene de su inserción en la salud laboral, de la que constituye una parte entitativa, y de su proximidad al modelo integral que se construye sobre la Medicina Familiar y Comunitaria.

Por la afinidad metodológica en su ejercicio profesional, la Medicina del Trabajo y la Medicina Familiar y Comunitaria pueden considerarse como dos Especialidades de Atención Primaria que son puertas de entrada al Sistema Público de Salud.

Las dos atienden a los pacientes en la fase inicial de la historia natural de la enfermedad, a diferencia de otras Especialidades que se ocupan de enfermedades aisladas. Además, ambas se enfrentan a mayor diversidad de diagnósticos que cualquier otra Especialidad Médica.

El Servicio de Prevención de las empresas, donde se integran los Especialistas en Medicina del Trabajo, desarrolla los cometidos de especialidad preventiva que le son propios como aportación médica a la salud laboral:

- Consejo y asesoría para influir en la conducta de los trabajadores expuestos.
- Tratamiento médico preventivo o curativo en los expuestos a riesgos.
- Indicación, promoción y control de técnicas preventivas no médicas.
- Técnicas preventivas administrativas:
 - de idoneidad profesional para el acceso a puestos de trabajo.
 - de cambios de puestos de trabajo en los trabajadores expuestos.
 - de horarios de exposición en los puestos de trabajo con riesgos.
 - de indicación de incapacidades temporales para los expuestos.

Vigilancia de la salud individual y colectiva de todos los trabajadores.²²

D) Modelo de Medicina Preventiva y Salud Pública²³

Después de los cambios ocurridos en la salud pública durante los años 70 y 80, en los años 90 se produjo una redefinición de las funciones de la salud pública y un reforzamiento del papel de los profesionales de esta área.

²¹ VV.AA. *Programa Oficial de la Especialidad de Medicina del Trabajo*. Ministerio de Sanidad. Madrid, 2005.

²² VV.AA.: “*Calificación y procedimientos de identificación de las enfermedades profesionales*”, DÍAZ FRANCO, J.J., *La Mutua. Revista técnica de SS y Prevención* Madrid, Mutua Muprespa, 2002.

²³ VV.AA. *Programa oficial de la Especialidad de Medicina Preventiva y Salud Pública*. Ministerio de Sanidad. Madrid, 2005.

Desde hace décadas, está teniendo lugar un proceso de análisis y cambio que promueve reforzar la salud pública desde una identificación de sus competencias básicas. El objetivo es acortar la distancia entre los retos y necesidades de la salud pública y la capacidad de los recursos humanos disponibles para satisfacerlas.

La Medicina Preventiva y Salud Pública está constituida por cinco campos de acción que son la epidemiología, la administración sanitaria, la medicina preventiva, la salud ambiental y laboral y la promoción de la salud, cuya proyección sanitaria contempla el desarrollo de las siguientes políticas de salud: el diseño de la ordenación del sistema de salud, la defensa de la salud en las políticas intersectoriales, la confección y puesta en marcha de programas e intervenciones sanitarias, el fortalecimiento de la participación social y el control del ciudadano sobre su propia salud.

E) Modelo de Medicina del Deporte y de la Educación Física²⁴

La Especialidad de Medicina del Deporte y de la Educación Física, por el carácter transversal de su desarrollo, contiene amplias aportaciones para la salud pública, familiar y comunitaria.

Bajo el impulso de Federaciones y Asociaciones Mundiales de Medicina del Deporte se configuró un programa para su ejercicio como especialidad médica que permitiera a los profesionales actuar en diversos campos de su competencia como agentes promotores de salud en la Medicina Preventiva y usar el ejercicio y la actividad física como medio terapéutico y de rehabilitación en la práctica médica convencional.

La medicina actual cuenta con la evidencia científica de que más de una docena de enfermedades crónicas no transmisibles pueden ser prevenidas, tratadas y/o controladas con la práctica regular de la actividad física y el ejercicio.

El campo de acción de esta Especialidad, con implicaciones importantes en las áreas escolar, laboral, del ocio y la competición, hay que compaginarlo con la actividad física que se realiza durante el período escolar, con la práctica deportiva profesional o amateur (previniendo y tratando lesiones), con el reciclaje y reeducación en las habilidades psicomotrices y físicas de las personas en el trabajo y con la tutela médica de la labor preventiva y mejora fisiológica del adulto que se ejercita.

²⁴ VV.AA. *Programa Oficial de la Especialidad de Medicina del Deporte y la Educación Física*. Ministerio de Sanidad. Madrid, 2005.

CAPÍTULO II. LOS CUIDADORES FAMILIARES Y SU VISUALIZACIÓN

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

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

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La “dependencia” es un estado de falta o carencia, concretamente de falta de autonomía personal. El hecho de que una persona adopte decisiones siguiendo el consejo o la iniciativa de otra u otras no parece bastante para convertirla, sin más, en una persona dependiente¹.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, LAPD) entiende por dependencia “el estado de carácter permanente en el que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otro apoyos para su autonomía personal” (art. 2.2 LAPD). El precepto pone oportuno énfasis en el grave tipo de dependencias aludidas (edad, enfermedad y discapacidad), por un lado, y en la necesidad de que la persona sea atendida por terceros para poder subsistir, por otro. En efecto, el sistema de autonomía y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, SAAD) se caracteriza por la protección que despliega hacia aquéllos que padecen cualquiera de las situaciones señaladas que originan una dependencia y que le imposibilita para la realización de “las tareas más elementales de la persona que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas (...), entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas” (art. 2.3 LAPD).

En este punto, conviene precisar “la independencia del SAAD”² respecto a otros sistemas, en especial, respecto del sistema de la Seguridad Social, ya que como señala la Exposición de Motivos de la propia Ley 39/2006, la dependencia se configura “como una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social”³. Se trata, pues, de un sistema paralelo al de Seguridad Social, “dejando claro que, ni la dependencia es una

¹ MONTOYA MELGAR, A.: “Las situaciones de dependencia personal: políticas y normas”, en *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), Ed. Civitas, 2007, pág. 30.

² ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Derecho de la protección social*, Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 2015, pág. 474.

³ Recuérdese, no obstante, que la entrada en vigor de la LPAD no ha suprimido las prestaciones del sistema de SS que tienen como finalidad la protección de las personas dependientes (Gran invalidez, complemento del 50 % de la invalidez no contributiva, prestaciones familiares por hijo discapacitado a cargo, prestaciones por muerte conectadas a la dependencia, previstas a favor de hijos o hermanos que se hayan dedicado al cuidado prolongado del dependiente fallecido). Nos encontramos ante una situación de “concurrimiento de prestaciones económicas y, en su caso, de deducción de la cuantía” (art. 31 LAPD), en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VIII, Ed. Aranzadi, 1ª. Ed., Madrid, 2011, págs. 570-573.

contingencia protegida por la Seguridad Social, ni son de Seguridad Social las prestaciones de dependencia que en la Ley se contemplan⁴.

Configurada la dependencia como “una nueva modalidad de protección social” interesa ahora determinar los parámetros a los que atiende la situación de dependencia prevista en la LAPD. Así, señala Montoya Melgar⁵, que “hay dependencia cuando la persona afectada por la incapacidad deja de ser autónoma y necesita ser atendida por terceros para subsistir”. Esta falta de autonomía se concreta en el hecho de que la persona dependiente precisa de “la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria, o en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal (art. 2.2 LAPD). En cualquiera de los supuestos, la persona dependiente requiere del concurso de otra para poder realizar los actos esenciales de su vida cotidiana a través de distintas atenciones⁶, ya sean:

- “atenciones ordinarias”, que pueden prestarle asistentes o cuidadores no especializados, pertenecientes incluso al entorno familiar o amistosos. Son los denominados por la LAPD, “cuidados informales”, que se prestan en el propio domicilio de la persona dependiente por personas de su familia o entorno “no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada” (art. 2.5 LAPD) o
- “atenciones importantes”, que requieren ser desarrolladas por profesionales, dada su complejidad y/o costo. Son los que la LAPD llama “cuidados profesionales”, “prestados por una institución pública o entidad, con o sin ánimo de lucro, profesional autónomo, entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios (...) ya sea en su hogar o en un centro” (art. 2.6 LAPD).

Estas atenciones o cuidados engarzan con la idea de la protección de la familia, como fundamento de la conciliación familiar y profesional, que se ubica en el art. 39 de la Constitución Española de 1978. En efecto, este precepto recoge el mandato del legislador constituyente “para asegurar la protección social económica y jurídica de la familia” y garantizar el nexo de conexión entre los derechos reconocidos en la legislación laboral española asociados al cuidado de hijos y familiares dependientes y el principio rector de protección social, económica y jurídica de la familia (39. 2 CE). En este sentido, se establece una conexión con el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para poder satisfacer las necesidades de la persona y su familia; confirmándose el vínculo entre la protección de la familia y el derecho a la conciliación de las personas trabajadoras con cargas familiares y que necesitan compatibilizar el cuidado familiar con el trabajo⁷.

Interesa ahora destacar la “protección indirecta”⁸ de la dependencia a través de las garantías del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, configuradas para permitir a los familiares o allegados a la persona del dependiente compatibilizar su vida laboral con el cuidado o apoyo del dependiente o para proteger a quienes han optado por cesar en su vida profesional o no incorporarse al mercado de trabajo para cuidar y apoyar al familiar o allegado dependiente.

⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. “Antecedentes y estructura de la Ley 39/2007, de 14 de diciembre”, *Aranzadi Social*, 2007, núm. 17 (consultado en Aranzadi Instituciones, BIB 2006/1829, pág. 13)

⁵ VV.AA: *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), cit., pág. 30.

⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “Las situaciones de dependencia personal: políticas y normas”, en *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), cit., págs. 30-31.

⁷ PÉREZ CAMPOS A.I.: “Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa”, *REMYSS*, 2017, núm. 133, pág. 53.

⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VIII, cit, pág. 569. Entre las modalidades o variedades de la protección social de la situación de la situación de dependencia, distingue la autora entre: “protección de la dependencia a través del Sistema de Seguridad Social, preexistente al modelo legal de protección social pública de la dependencia por la LAPD; protección específica de la dependencia a través del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia (SAAD) y, la señalada, protección indirecta a través de la protección y garantías del derecho social a la conciliación de la vida laboral y familiar desde la perspectiva constitucional de la familia”.

Precisamente, nuestra ponencia se va a centrar en el análisis de la atención o cuidado al dependiente por familiares y por personas cercanas al mismo, dentro de su entorno familiar, a través de las medidas de conciliación de la vida personal y laboral para la atención a la dependencia, así como también se estudiará la situación de los cuidadores no profesionales en situación de dependencia.

II. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN PARA LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA PREVISTO EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Antes de entrar en la revisión de las medidas laborales previstas en materia de conciliación de la vida laboral y personal con atención a la dependencia, es necesario delimitar el concepto de cuidador informal o no profesional del dependiente. En ese sentido, la doctrina científica⁹ ha puesto de manifiesto la complejidad de la figura, que viene dada por las diferentes situaciones en las que se puede encontrar el cuidador no profesional del dependiente o cuidador informal, y por ende, del diferente régimen jurídico aplicable en cada una de ellas¹⁰.

En principio, la figura del cuidador se refiere a aquella persona- familia o allegada, no profesional- que asiste al dependiente y le ayuda en la realización de las actividades básicas de la vida cotidiana¹¹. Por esta atención y cuidado, el Ordenamiento jurídico articula sobre aquél un conjunto de derechos destinados a facilitar la compatibilidad entre su prestación laboral y su responsabilidad en la atención a la dependencia¹².

Ahora bien, a efectos de la delimitación del concepto de cuidador informal también se debe mencionar el referido a la situación del dependiente desde la perspectiva de si es o no beneficiario de la prestación económica prevista en los arts. 14.4 y 18 LAPD, ya que “la existencia del cuidado familiar es la que justifica la prestación económica que no parece que vaya a establecerse en razón de los rasgos de la (intensidad, tiempo) de la prestación familiar, sino del grado de dependencia del sujeto y determinada además en su cuantía por la capacidad económica del dependiente”¹³. En efecto, como ya tendremos oportunidad de analizar, la LPAD dota al cuidador informal, de medidas específicas de protección de forma excepcional y en supuestos tasados.

Por tanto, nos encontramos ante una misma situación, atención al dependiente por el cuidador no profesional, que da lugar, sin embargo, a la aplicación de diferentes regímenes jurídicos. Así, desde el punto de vista de los derechos de conciliación para la atención a la dependencia podemos distinguir dos situaciones diferentes:

- Una, la del cuidador profesional que junto a la atención al sujeto dependiente – con derecho o sin derecho a prestación- mantiene su relación laboral, y en consecuencia, debe hacer compatible ambas obligaciones teniendo que conciliar su trabajo con el

⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVVARO, A.V.: *La Ley de Dependencia*, Aranzadi, 2007, pág. 76; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VIII, cit., pág. 569; MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer”, RTSS, CEF, núm. 297, 2007, pág. 33 y ss; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006”, *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, pág. 312

¹⁰ LÓPEZ BALAGUER, M. “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo estatal y autonómico de la Ley de Dependencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 733

¹¹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. Y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., entiende la autora que “una cosa es que se procure el cuidado de la persona dependiente dentro de su medio habitual y otra bien distinta que el cuidado recaiga siempre sobre otros miembros de la familia, en especial, sobre el papel de la mujer, lo que podría incidir en la perpetuación de su rol como cuidadora del hogar y de la familia” págs. 599-600.

¹² GARCÍA TESTAL, E.: “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (II): Las medidas de seguridad social y el convenio especial para los cuidadores no profesionales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*, cit., pág. 792

¹³ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006”, cit., pág. 307.

cuidado del dependiente. En este caso, le serán aplicables las medidas de conciliación previstas en el ET y la LGSS.

- Otra, la del cuidador profesional que abandona su trabajo (temporal o definitivamente), o que nunca se incorporó para atender al cuidado del dependiente, en definitiva, el cuidador que no es trabajador. En este supuesto, si el cuidador se dedica única y exclusivamente al cuidado del dependiente no le serían de aplicación ni las medidas previstas en el ET y ni las de la LGSS en materia de conciliación; únicamente podrá suscribir, como medida específica de protección, un convenio especial con la Seguridad Social en los términos previstos en el art. 2.1 RD 615/2007, de 11 de mayo por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia¹⁴

Por su parte, la LAPD prevé otros instrumentos de protección específicos, pero para nada se refiere a estas medidas de apoyo o favorecimiento de la labor de atención del cuidador no profesional, especialmente útiles para quienes compatibilizan cuidado y trabajo. De este modo, es necesario acudir a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, que es la norma que contempla los instrumentos de conciliación para el cuidado de familiares en situación de dependencia¹⁵. Entre las medidas específicas que recoge el ET cabe destacar: la posibilidad de adaptar la jornada laboral 34.8 ET; la reducción de jornada por cuidado de familiar (art. 37.6 ET) y por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6 ET) y, finalmente la excedencia por cuidado de familiares (art. 46. 3 ET).

No obstante, antes de entrar en el análisis del conjunto de medidas de conciliación para el cuidado de familiares en situaciones de dependencia, es necesario abordar el alcance de los conceptos de dependiente y cuidador de dependiente, ya que no se encuentra una formulación única de los mismos en la LAPD y en el ET.

a) Por lo que se refiere al concepto de dependiente, recogido tanto en el art. 2.2 LAPD como en los arts. 34.8, 37.6. 2º y 46.3 ET, se deduce que ambas normas contienen definiciones compatibles aunque no idénticas¹⁶, y que en ocasiones, alguna de las normas presenta una interpretación más amplia del “dependiente”. Así, mientras que el art. 2.2 LAPD hace alusión a cuatro elementos concretos y definitorios de la calificación de dependencia¹⁷, los preceptos estatutarios admiten un alcance extensivo del concepto, refiriéndose:

- por un lado, al accidente y o enfermedad, como causas de dependencia, si bien no exigen que esta situación de dependencia sea de carácter “permanente”. Incluso esta interpretación amplia podría alcanzar a los supuestos de cuidado de menor afectado por cáncer (tumores, malignos, melanomas y carcinomas) pues se habla de que la medida se extiende hasta que el menor cumpla dieciocho años, por tanto, nos encontramos también ante un supuesto de cuidado de familiar permanente o, al menos, duradero en el tiempo. y

¹⁴ Como analizaremos más adelante, el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE 14 de julio de 2012) ha incorporado, en este punto, modificaciones, que supone un cambio importante en el sistema de protección social del cuidador no profesional.

¹⁵ Otra de las posibles medidas que se apuntan como instrumento específico de conciliación de la vida laboral y familiar son las dirigidas a la protección jurídica de los trabajadores que hacen uso de ellas. Un estudio exhaustivo de éstas, referidas, básicamente, a la nulidad del despido en los supuestos de utilización de los derechos de conciliación (art. 55.5 ET), el cálculo de las indemnizaciones y el procedimiento especial de resolución de discrepancias en materia de conciliación, lo encontramos en: LÓPEZ BALAGUER, M. “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., pág. 758- 764.

¹⁶ LÓPEZ BALAGUER, M. “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., pág. 737.

¹⁷ Con clara vocación restrictiva, recuérdese que art.2.2 LAPD alude a los cuatro elementos definitorios de la calificación de dependencia: a) existencia de una limitación física, mental, intelectual o sensorial; 2) la incapacidad de la persona para realizar por sí misma actividades básicas de la vida diaria, 3) la necesidad de ayuda de otra persona para realizar las actividades básicas de la vida diaria y 4) el carácter permanente de la situación de dependencia.

- por otro lado, se alude al concepto jurídico indeterminado de que el dependiente “no pueda valerse por sí mismo”, que tampoco coincide e incluso es más amplio que la exigencia que contiene la LAPD, que requiere que el dependiente “sea incapaz de realizar por sí mismo las actividades básicas de la vida diaria”¹⁸.

b) En relación al concepto de cuidador informal o no profesional, la opción legal es aquí inversa a la anterior, es decir, el legislador estatutario resulta mucho más estricto a la hora de regular los derechos de conciliación de los trabajadores que deben compatibilizar su actividad laboral con el cuidado de dependientes ya que sólo los que acrediten “hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad podrán hacer uso del derecho a la reducción de jornada o a la solicitud de la excedencia previstos, sin incluir, ni a otros familiares, ni desde luego, a los allegados al dependiente sin vínculo familiar alguno. Conviene puntualizar, no obstante, que:

- Aunque no se menciona expresamente al cónyuge, parece lógico entender que esté incluido entre los sujetos causantes de los derechos de conciliación, aun cuando no hay parentesco pero sí idéntica y recíproca obligación de asistencia y socorro mutuo.
- Sin embargo, la aplicación de este derecho no está tan clara en el caso de las parejas de hecho. Sobre su exclusión se ha pronunciado negativamente la doctrina, en el sentido de abogar por una “desvinculación del grado del cuidado del grado de parentesco”¹⁹ en un contexto social en el que los vínculos familiares estrictos se van debilitando y flexibilizando cada vez más²⁰.
- También se olvida la norma del parentesco por adopción, no existiendo razón alguna para dicha omisión ya que un pariente por adopción puede necesitar el cuidado de un trabajador²¹.

Por todo ello, siendo evidente que en todos los supuestos referidos puede darse una necesidad de conciliación, sería recomendable la reforma de la norma estatutaria para acogerlos expresamente.

Por su parte, la LAPD define el cuidado no profesional como “la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de su familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizado”. Como se ha puesto de manifiesto²², nos encontramos ante una “noción ambigua”, si bien la normativa de desarrollo de la Ley 30/2006 ofrece las claves para concretar el alcance de los términos. Así, podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia:

- su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco; como también podrán hacerlo “las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento” (art. 12.2 RD 1051/2013),
- siempre que convivan en el mismo domicilio de la persona dependiente, esté siendo atendido por ellos y lo hayan hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud.

Junto a esta regla general, la normativa de desarrollo también prevé situaciones excepcionales que extienden el alcance del ámbito subjetivo del cuidador dependiente bajo la concurrencia

¹⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., 601.

¹⁹ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, *Revista de Derecho Social*, 2017, núm. 78, pág. 114.

²⁰ SALA FRANCO, T. y BALLESTER PASTOR, M.A.: *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Ed. Tirant lo blanch, cit., pág. 38.

²¹ GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares: puntos críticos”, *RMEYSS*, 2017, núm. 133, págs. 237.

²² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., 601.

determinadas circunstancias. De este modo, se amplía el concepto a personas que no sean familiares hasta el tercer grado, cuando la persona en situación de dependencia:

- tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención. En este supuesto, se admite el cuidado por parte de una persona de su entorno, siempre que: “a) resida en el municipio de la persona en situación de dependencia o en uno vecino, y b) lo haya hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud” (art. 12.2 RD 1051/2013).
- tenga reconocido el grado III o II. Ahora bien, en este caso, será necesaria la convivencia con la persona de su entorno, dada la necesidad de atención permanente y apoyo indispensable y continuo que se requiere.
- tenga reconocido el grado I. En esta situación, se exige que el entorno en el que se desarrolle el cuidado del dependiente tenga, además, la consideración de rural; si bien en este supuesto, a diferencia de los matices excepcionales anteriores, no será necesaria la convivencia en el domicilio de la persona dependiente.

En fin, de lo expuesto se deduce que, en el ámbito de la Ley de dependencia y su normativa de desarrollo, nos encontramos ante un concepto de “cuidador informal o no profesional” con un alcance subjetivo amplio que se extiende a familiares hasta tercer grado de consanguinidad e incluso a allegados en situaciones excepcionales.

Ahora bien, esta nueva configuración del concepto de cuidador dependiente establece un diferente nivel de reconocimiento de derechos en materia de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia que no parece tener justificación y plantea problemas para el ejercicio de las medidas de conciliación previstas en el ET, pues el cuidador de dependiente quedaría al margen del ejercicio de tales derecho, sin perjuicio de que se pueda ampliar el marco subjetivo de estos preceptos en los convenios colectivos o que el trabajador pueda llegar, en su caso, a acuerdos puntuales con el empresario²³. En este sentido, también se ha propuesto una revisión en el Estatuto de los Trabajadores del ámbito subjetivo de aplicación de las medidas previstas para la conciliación de la vida laboral con la atención a la dependencia, “ajustando el alcance del mismos a los términos previstos actualmente en la normativa reguladora de dependencia, equiparando así en derechos a todos los trabajadores que sean al mismo tiempo cuidadores de dependientes, sea cual fuere su vínculo”²⁴. En todo caso, en una sociedad en la que la mujer está abandonando su rol tradicional de cuidadora del hogar familiar y se ha incorporado plenamente al mercado de trabajo, y en la que los vínculos familiares son cada vez más débiles, quizás hubiera que plantearse la posibilidad de ampliar el ámbito subjetivo de la titularidad de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar no sólo a casos de parentesco, sino incluso, a supuestos en los que no exista parentesco²⁵.

Pues bien, pasamos ahora a examinar los distintos derechos que se reconocen a los trabajadores cuidadores informales de familiares dependientes, puntualizando, en todo caso, que con este estudio,

²³ “Si éste es el concepto de cuidador que establece la LAPD, el que, en comparación fija el ET es más limitado o restringido porque “i) limita el grado de parentesco al segundo grado, ii) no incluye el parentesco por adopción; iii) nada dice respecto del cónyuge”, en SÁNCHEZ-URÁN AZANA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., 603. La autora también manifiesta su discordancia entre una y otra norma (LAPD y ET) y solicita del legislador “que, en un futuro próximo, la elimine, o cuando menos, la restrinja”.

²⁴ En efecto, se señala, que de acuerdo con la nueva configuración del concepto de cuidador dependiente, el trabajador cuidador de éste que tenga el carácter de familiar hasta el segundo grado podrá utilizar cualquiera de las medidas de conciliación prevista en el ET como derechos individuales cuyo ejercicio no puede ser limitado por el empresario, no así el trabajador cuidador de dependiente, salvo mejoras, del convenio colectivo o pacto individual con el empresario”, en LÓPEZ BALAGUER, M. “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*, cit., pág. 741.

²⁵ Propuesta de lege ferenda referida al derecho a la excedencia, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: *La excedencia por cuidado de familiares. El régimen jurídico de los cuidadores profesionales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2008, pág. 63. En igual sentido: GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares: puntos críticos”, *RMEYSS*, 2017, núm. 133, págs. 237.

no se pretende hacer una revisión del régimen jurídico de estos derechos sino un análisis centrado en la perspectiva que aquí nos ocupa, esto es, la atención a la dependencia como situación contemplada por la norma laboral en relación con la conciliación de la vida personal y familiar y la dimensión que aporta la LAPD.

1. LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA POR CUIDADO DE FAMILIARES (ART. 34.8 ET)

La ordenación del tiempo de trabajo constituye un factor esencial para conciliar la vida familiar y laboral. La adopción de medidas de flexibilidad en la jornada de trabajo dentro de las empresas es uno de los instrumentos que «resultan más útiles para que los trabajadores puedan compaginar su actividad laboral con las responsabilidades familiares más comunes»²⁶. Con esa intención el art. 34.8 ET, que fue introducido por la LOI, reconoce a los trabajadores el derecho a «adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla».

A tal fin, se establecen distintos mecanismos que permiten la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas, tales como: la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos.

La intención del precepto es clara: que el tiempo para trabajar y su distribución puedan adaptarse a las conveniencias familiares del trabajador. La tipología de los pactos a los que se puede llegar será, por tanto, muy variada. Así, por ejemplo, podrá acordarse una reducción de la jornada de trabajo, distribuirse el tiempo de trabajo de modo distinto según los días de la semana o las épocas del año, pactar un horario flexible que permita al trabajador adaptar parcialmente el inicio o final de su trabajo, etc. En definitiva, las posibilidades que se ofrecen a la negociación colectiva o al acuerdo entre empresario y trabajador son amplísimas teniendo en cuenta la multitud de opciones que existen a la hora de fijar la duración y la distribución de la jornada de trabajo²⁷.

En efecto, el precepto deja en manos de la negociación colectiva la regulación de los términos o condiciones en los que los trabajadores podrán adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo, pero nada impide que dicha regulación se mejore por acuerdo con el empresario o que, a falta de regulación en el convenio colectivo trabajador y empresario, acuerden la duración y distribución que estimen conveniente. Se admite, en todo caso, la negociación entre las partes a fin de conciliar sus intereses particulares²⁸.

El titular del derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo es el trabajador. En este sentido, no cabe duda de que la atención al familiar dependiente puede considerarse una de las causas que genere el derecho del trabajador cuidador informal a pactar la adaptación de su jornada, tanto individualmente, como de acuerdo con lo previsto por la negociación colectiva. Es más, puesto que el precepto estatutario no especifica para el supuesto concreto que haya de limitarse a un vínculo familiar en grado de parentesco específico²⁹, cabe entender que alcanza al trabajador cuidador de persona dependiente que tenga un vínculo de parentesco superior al segundo grado (en concreto, tercer grado), sea por consanguinidad, afinidad, adopción e incluso, se quiere hacer valer la categoría de trabajador no familiar, allegado o del entorno del dependiente³⁰.

²⁶ JURADO SEGOVIA, A.: “Flexiseguridad y conciliación de la vida laboral y familiar”, *RMEYSS*, 2018, núm. Extraordinario, pág.118.

²⁷ CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *RMEYSS*, 2017, núm. 133, pág.131.

²⁸ CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, cit., págs.131-132.

²⁹ Art. 34.8 ET dice: “el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de su jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores...”

³⁰ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., 604 y LÓPEZ BALAGUER, M. “Las medidas de conciliación de la vida (...)”

La elección de la duración y la distribución de la jornada no corresponden, en exclusiva, al trabajador sino que es necesario el acuerdo previo con el empresario; y, ¿qué sucede si no se llega a un acuerdo porque la duración o distribución solicitada colisiona con los intereses empresariales? En la interpretación de estos derechos deben evitarse soluciones ajenas a la finalidad de la norma o “interpretaciones en la que se obtenga un resultado contrario a la eficacia de la reducción de la jornada y a la conciliación de los derechos de maternidad, familia y trabajo”³¹.

Recuérdese que tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la Reforma del mercado laboral, el art. 37.6 ET circunscribe la reducción de la jornada de trabajo a la “diaria”, por lo que cualquier otra petición de reducción que desconozca tal limitación y, por supuesto, cualquier pretensión de adaptación del tiempo de trabajo que no implique reducción de jornada, únicamente tendrá cabida en el art. 34.8 ET.

En efecto, el genérico derecho a la adaptación de jornada ex art. 34.8 ET ha sido objeto de una restrictiva interpretación del Tribunal Supremo³², si bien, en su sentencia de 18 de mayo de 2016³³, ha venido a confirmar, desde una posición más amplia y flexible, el derecho de los trabajadores a que la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y por motivos familiares, se disfrute, conforme al convenio colectivo, dentro de su jornada ordinaria. Lo que significa que la empresa no está facultada para exigir que dicha concreción horaria se realice obligatoriamente dentro de su jornada ordinaria “diaria”, apartándose de la doctrina anterior del Tribunal Supremo y alineándose con los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia³⁴.

A pesar de ello, resulta exigible que los órganos judiciales valoren adecuadamente la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a proteger a la familia y a la infancia (arts. 14 y 39 CE), y por ende, a facilitar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

2. LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE FAMILIARES (ART. 37.6 ET)

Esta figura, regulada en art. 37.6 ET, tras la redacción otorgada por el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de laboral³⁵, prevé “la reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario, entre al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla”, entre otros, en el supuesto de (...) cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida”.

laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., pág. 748.

³¹ Y es que la alternativa ofrecida por el empleador no puede dejar el derecho vacío de contenido. Si no se llega a acuerdos, el empresario tendrá que probar la causa organizativa que alega, explicando que “no puede encontrar un sustituto durante el preaviso o tratando de argumentar que una parte importante de la plantilla está solicitando el mismo derecho o que la función que desempeña el trabajador posee una importancia estratégica”, en A. DE LA PUEBLA PINILLA: “Conciliación de la vida familiar y laboral”, en J. M. GOERLICH PESET (Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Toma Sala Franco*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2016, pág. 702.

³² RJ 2016, 3183. Por todas: STS 13 junio de 2008 (RJ 2008/4227) que justifica una petición de cambio de horario y, por tanto, de turnos sin reducción de jornada excede de las competencias de los órganos judiciales al no estar comprendida en el supuesto del art. 37 ET. Entre otras, además: STS 18 de junio de 2008 (RJ 2008/4230), 20 de mayo de 2009 (RJ 2009/3118), STS 19 de 10 de octubre de 2009 (RJ 2009/7606) 20 de octubre de 2010 (RJ 2020/8447) y 24 de abril de 2012 (RJ 2012/5881).

³³ RJ 2016, 3183. Se aborda la cuestión relativa a la concreción horaria en los supuestos de reducción de jornada por guarda legal, pero en este caso, teniendo en cuenta lo previsto en el convenio colectivo y la literalidad del 37.5 tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012 del art. 37 ET (hoy, apartado 6º ex RDLeg 2/15) se aparta de la línea jurisprudencia anterior y viene a reconocer, el derecho de los trabajadores que solicitan reducción de jornada a elegir su turno, siguiendo lo establecido en Convenio Colectivo. EL TS articula su fundamentación en la distinción que de forma explícita realiza el convenio colectivo entre “jornada ordinaria” y “jornada diaria” para después afirmar que: “la negociación colectiva está facultada para articular una regulación propia y completa (art. 37. 7 ET) (...) y la ausencia de remisión a la norma estatutaria y el sentido que se deriva de la literalidad del convenio colectivo impide la pretensión de la empresa”.

³⁴ CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, cit., págs.132-134

³⁵ Precepto que, a su vez, fue modificado por la Disp. Adic. 11. 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

El derecho a la reducción de jornada por cuidado directo de un familiar forma parte del desarrollo del mandato constitucional que establece la protección a la familia y a la infancia. La razón de ser de esta regulación se sitúa en los profundos cambios sociales y laborales ocasionados por la incorporación de la mujer al mercado laboral y en la necesidad de conciliar el trabajo y la vida familiar.

La finalidad que pretende no es sólo satisfacer el derecho de los trabajadores a conciliar su vida personal, familiar y profesional, sino también atender al cuidado directo del familiar, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Como se ha estudiado, dentro del “segundo grado de consanguinidad” quedarían incluidos hijos, padres, nietos, abuelos y hermanos, y de afinidad, suegros, abuelos del cónyuge, cuñados, cónyuge de los hijos y nietos.

El precepto no menciona al cónyuge con el que no hay vínculo de parentesco, si bien parece lógico entender que se incluya dentro del supuesto por “idéntica y recíproca obligación de asistencia y socorro mutuo (art. 68 CC)”. Nada dice sobre las parejas de hecho, si bien la doctrina científica ha expresado su crítica, abogando por una “desvinculación del grado del cuidado del grado de parentesco”³⁶, dado el contexto social actual en el que los vínculos familiares estrictos se van debilitando y flexibilizando cada vez más³⁷. Y tampoco encontramos ninguna alusión sobre el parentesco por adopción, sin que exista ninguna razón para dicha omisión ya que es evidente que un pariente por adopción puede necesitar el cuidado de un trabajador³⁸.

La reducción de la jornada para el cuidado directo de familiares constituye un derecho de titularidad individual y plena de los trabajadores, hombres o mujeres, siempre que se cumplan los requisitos, ya señalados: que el trabajador se encargue del cuidado directo del familiar necesitado, que el familiar sea pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda el familiar valerse por sí mismos, y finalmente que éste no desempeñe actividad retribuida alguna.

En todo caso, el ejercicio de este derecho conlleva la disminución proporcional del salario del trabajador, más concretamente de todos los conceptos retributivos que tengan naturaleza salarial³⁹ y no autoriza la supresión de ninguno de ellos incluido el complemento de dedicación, aunque retribuya un puesto de mando atendiendo a la mayor flexibilidad horaria o disponibilidad⁴⁰. Por tanto, sólo puede entrar en juego cuando la solicitud del trabajador cuidador informal se articula en estos términos.

La facultad para determinar y elegir el horario adecuado para el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad corresponde al trabajador titular del derecho que tiene atribuido su guarda legal. Esta concreción horaria y la determinación del período de disfrute se realizarán dentro de la jornada diaria e individualizada del trabajador. Frente a la previsión legal anterior que se limitaba a requerir una reducción de la jornada, como ya se ha señalado, el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de laboral, exige ahora que la reducción opere sobre la jornada “diaria”. Con ello resulta evidente que el legislador impide la acumulación de la reducción en días completos, “por más que ello pudiera resultar más eficiente para la conciliación de la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral”⁴¹. Esta nueva situación parece implicar que, tras la reforma de 2012, cuando exista la necesidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral, cualquier otra petición de reducción de jornada que desconozca tal limitación, y por supuesto cualquier pretensión de adaptación del tiempo de trabajo que no implique reducción de jornada, únicamente tendrá cabida por la vía de la distribución de la jornada ex art. 34.8 ET.

³⁶ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, cit., pág. 114.

³⁷ SALA FRANCO, T y BALLESTER PASTOR, M.A.: *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, cit., pág. 38.

³⁸ GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares: puntos críticos”, cit., pág. 237.

³⁹ SAN 26 octubre 2004, JUR 2005, 3772

⁴⁰ STSJ de Madrid 30 mayo 2005, AS 2005, 1523

⁴¹ A. DE LA PUEBLA PLINILLA: “Conciliación de la vida familiar y laboral”, en J. M. GOERLICH PESET (Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Toma Sala Franco*, cit., pág. 699.

La solicitud por parte del trabajador de la correspondiente reducción de jornada requerirá la acreditación de los requisitos o condicionantes legales. Lo que significa que el trabajador-cuidador del dependiente deberá comunicar y entregar al empresario la resolución administrativa que confirme la condición de dependiente del familiar⁴². No obstante, cabe señalar, que el concepto de "dependiente" al que se refiere el Estatuto de los Trabajadores alcanza también a los supuestos de dependencia transitoria o temporal – entre otros, enfermedad o accidente con recuperación-, en este caso, el trabajador deberá acreditar la situación de dependencia del familiar por los medios habituales, esto es, certificados médicos, informes hospitalarios⁴³, etc...

En todo caso, cuando el derecho a reducción de jornada entre en colisión con el derecho de dirección y organización empresarial, habrá que acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso, incluida la buena fe, para atribuir esa facultad a uno o a otro⁴⁴. Si existe discrepancia con el empresario se resolverá ante la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la LRJS, que señala: "a) el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social, y b) el procedimiento será urgente y se le concederá tramitación preferente (...) La sentencia, (...) será firme (...) sin que contra ella quepa recurso (art. 191.2 f LRJS)"⁴⁵. Por tanto, nos situamos ante un procedimiento urgente, pero sin posibilidad de recurso, circunstancia que sorprende, ya que estamos ante "conflictos exigentes de la ponderación de las circunstancias concretas y de la necesidad de coexistir intereses contrapuestos". Cuando a partir de las STSS de 13 de junio de 2008⁴⁶ y de 18 de junio de 2008⁴⁷, el Tribunal Supremo entra, sin embargo, en el fondo, apreciando que el artículo 37.6 ET no justifica la solicitud de cambio de turno sin reducción de jornada, lo hace indicando que resuelve tal petición "a través del procedimiento ordinario, con posibilidad entonces de recurso, dado que la pretensión no encontraba el amparo normativo en un precepto que exigía tal reducción de jornada".

En fin, la reincorporación a la jornada completa es decisión que corresponde al trabajador con la única obligación de preavisar al empresario con quince días de antelación (art. 37.6 ET). Cumplido este requisito, la empresa no debe dilatar injustificadamente dicha reincorporación⁴⁸.

3. CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

La Ley 39/2010, de 22 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, incorporó un nuevo supuesto de reducción de jornada por «hospitalización del menor afectado por cáncer o enfermedad grave». Así, el nuevo párrafo 3º del art. 37.6 ET viene a establecer que «en los casos de hospitalización del menor afectado, hasta que cumpla 18 años, por cáncer o enfermedad grave, el progenitor, adoptante o acogedor tendrán derecho a la reducción de la jornada de trabajo con la

⁴² El reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Administración autonómica correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado (art. 28.2 LAPD). La Resolución administrativa de referencia determinará los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según el grado y nivel de dependencia (art. 28.2 LAPD). Y, adicionalmente, incorporará un Programa Individual de Atención (art. 29 LAPD).

⁴³ LÓPEZ BALAGUER, M. "Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales", en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., pág. 750-751.

⁴⁴ SAN 28 febrero 2005, AS 2005, 620.

⁴⁵ Por tanto, estamos ante un procedimiento urgente y sin posibilidad de recurso, circunstancia que llama la atención, ya que "son conflictos exigentes de la ponderación de las circunstancias concretas y de la necesidad de coexistir intereses contrapuestos". También el TS tuvo oportunidad de recordar que la STS 5-11-2003: «El procedimiento para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares será de carácter y de tramitación urgente y que, a su vez, la sentencia que se dicte en la instancia tendrá el carácter de firme, razón por la que no cabe interponer frente a la misma recurso de suplicación».

⁴⁶ RJ 2008/4227.

⁴⁷ RJ 2008/4230.

⁴⁸ STSJ Madrid 29 enero 1998, AS 1998, 5015.

disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla para el cuidado del menor a su cargo».

Se trata de un derecho que se configura a partir de la necesaria reducción de la jornada con la correspondiente disminución proporcional del salario. Su titularidad no sólo corresponde al progenitor en términos gramaticales neutros, sino también al adoptante o acogedor, de carácter preadoptivo o permanente, podrán reducir su jornada de trabajo en este supuesto, siempre que, entendamos, el «otro» trabajo.

La evidente finalidad de la norma, al conceder al trabajador el derecho a reducir su jornada en este caso, no es otra que la de permitir su presencia y cuidado junto a su hijo menor de dieciocho años que padece una grave patología. Para intentar delimitar los supuestos en los que se puede ejercer este derecho de reducción de jornada, el art. 37.6.3º ET realiza una suerte de aproximación hacia una tipificación de patologías. Para ello, distingue entre «cáncer» y «enfermedades graves»:

- Por lo que se refiere al «cáncer» no ofrece una lista cerrada como tal de esta enfermedad, pues junto a ella cita otras patologías graves y próximas a las características científicas de esta enfermedad, como son: tumores malignos, melanomas y carcinomas. En todo caso, se exige que el cáncer requiera hospitalización y tratamiento continuado, así como cuidado directo, continuo y permanente del beneficiario que ha de ser acreditado por un informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.
- En relación con las «enfermedades graves», el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave clasifica en el «Anexo de enfermedades Graves» la relación de de aquéllas que disponen del reconocimiento a efectos de percibir la consiguiente prestación económica. Por lo que la reducción de jornada por esta causa exige, al igual que en el caso del cáncer, un informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente que acredite la necesidad de hospitalización, tratamiento continuado y cuidado directo, continuo y permanente del progenitor o del adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente.

La reducción de la jornada podrá ser de, al menos, la mitad de la duración de aquélla y lleva aparejada necesariamente la disminución proporcional del salario. En este sentido, la concreción del horario y determinación del disfrute se realizarán, por el trabajador, dentro de su jornada individualizada y ordinaria. La norma también prevé que, a través de convenios colectivos, se establezcan las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se pueda acumular en jornadas completas.

La duración de la reducción de jornada está sometida a la permanencia del menor de dieciocho años en el centro hospitalario por padecimiento de cáncer u otra enfermedad grave. De ahí que el disfrute de este permiso no esté sujeto a un período de tiempo predeterminado sino a la duración de la estancia del hijo menor afectado por cáncer o enfermedad grave en el hospital, en el centro que precisase o en su propia casa.

En este sentido, se plantea la duda de si desaparece automáticamente el presupuesto del permiso una vez que el hijo menor sale del hospital. El art. 37.6 párrafo 3º ET no se pronuncia sobre el particular, pero, claramente, debe entenderse que no; pues el hecho de que el menor afectado reciba el alta hospitalaria no significa que reciba "el alta en la enfermedad". En definitiva, el único límite que se dispone es el previsto para el disfrute compartido de derecho por varias personas en relación con el mismo sujeto causante: "si dos o más trabajadores generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas del funcionamiento de su empresa" (art. 37.6 ET)

4. EXCEDENCIA POR CUIDADO DE FAMILIARES

Según lo previsto en el párrafo 2º del art. 46. 3 ET, el trabajador cuidador no profesional del dependiente tendrá derecho a solicitar “un período de excedencia de duración no superior a dos años, salvo que se establezca otro mayor por convenio colectivo, para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad”.

Por tanto, los mismos sujetos a los que hacíamos referencia en relación con el ejercicio del derecho a la reducción de jornada podrán utilizar esta medida. E igualmente serían válidas, en este contexto, las consideraciones realizadas sobre la excesiva limitación introducida por el legislador respecto a la relación de parentesco que debe mediar entre el titular del derecho a la excedencia y su sujeto causante, dejando fuera otros y diversos supuestos que se pueden presentar en la realidad⁴⁹.

A la excedencia, que podrá ser disfrutada de forma fraccionada, la norma le confiere unas garantías especiales: la reserva del puesto de trabajo, la formación y el cómputo de la duración de la excedencia a efectos de antigüedad; de forma que durante el primer año, el excedente tendrá derecho a la reserva del “propio” puesto de trabajo y, transcurrido éste, la reserva se extiende a un “puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente”⁵⁰.

La solicitud por parte del trabajador de la correspondiente excedencia, al igual que sucedía con el derecho a la reducción de jornada, requerirá la acreditación de los requisitos o condicionante legales. Lo que significa que el trabajador cuidador del dependiente deberá comunicar y entregar al empresario la resolución administrativa que confirme la condición de dependiente del familiar. En los casos en los que la excedencia sea transitoria o temporal –por ejemplo, por hospitalización o accidente con recuperación-, el trabajador deberá acreditar la situación de cuidado del dependiente por los medios habituales: certificados médicos o ingresos hospitalarios, etc...

No obstante, hay que puntualizar que el art. 46.3 2º ET, frente a la reglas para la reducción de jornada, no exige que el cuidado que requiera el familiar dependiente sea directo por parte del trabajador que solicita la excedencia. De acuerdo con ello, como se ha puesto de manifiesto, lo relevante es que el trabajador excedente se responsabilice del bienestar del familiar necesitado de cuidados sin que tenga que ocuparse personalmente de todas las atenciones que requiera este familiar⁵¹, y sea otra persona: a) el cuidador no profesional a los efectos previsto en la LAPD o b) contratada bajo la modalidad del servicio del hogar familiar la que realice tales cuidados –ahora sí, de forma directa-, durante el tiempo de excedencia solicitada por el familiar⁵².

Una última cuestión controvertida es la relativa a la edad como factor de dependencia. Y, más concretamente, si dentro del concepto de “familiar” puede incluirse al menor de edad con más de tres años, al amparo del art. 46.3. 2º, porque si este sujeto se encuentra en alguno de los otros supuestos habilitantes –accidente, enfermedad o discapacidad- no hay duda de que sí estaría incluido.

La doctrina científica⁵³ interpreta de forma casi unánime, que el mayor de tres años puede originar la solicitud de esta excedencia, cuando no pueda valerse por sí mismo por razones de edad.

⁴⁹ Recuérdese que el precepto no menciona ni al cónyuge, ni a las parejas de hecho, ni tampoco se refiere al parentesco por adopción si bien la doctrina entiende que hay razones suficientes para su inclusión, ya que es evidente que todos ellos pueden necesitar cuidado de un trabajador, en GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares: puntos críticos”, cit., pág. 237 y CRISTÓBAL RONCERO R: “Reducción y adaptación de jornada por razones de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, cit., págs. 117.

⁵⁰ GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares: puntos críticos”, *RMEYSS*, 2017, núm. 133, págs. 256-251

⁵¹ LÓPEZ BALAGUER, M. “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord): *La situación de dependencia*. cit., pág. 750-751; SÁNCHEZ- RODAS NAVARRO, C: *La excedencia por cuidados...*, cit., pág. 59.

⁵² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., 605.

⁵³ GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares: puntos críticos”, cit., pág. 238; JURADO SEGOVIA, A.: “Excedencia por cuidado de hijos y familiares”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. Y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VIII, cit., pág. 329; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VIII, Ed.

Sin embargo, esta unanimidad no se mantiene en el plano judicial en el que se ha puesto de manifiesto que es factible encontrar resoluciones que conciben el presupuesto de edad sin acotación alguna, posicionándose en favor de la excedencia para el cuidado de un menor, mayor de tres años; mientras que optan por identificar el presupuesto de la edad con el colectivo de personas mayores, negando aquella posibilidad⁵⁴.

Con todo, creemos que existen suficientes razones para admitir la solicitud de la excedencia para el cuidado de menor, mayor de tres años debido a su edad. Por un lado, el hecho de que la norma no concrete el parámetro de edad, y por otro, la propia situación de desvalimiento de quien causa el derecho⁵⁵. Con estos argumentos parece razonable entender que un niño que ha cumplido tres años, con independencia de que tenga problemas de salud, sigue siendo un sujeto que requiere una atención especial por no poder valerse por sí mismo⁵⁶.

Esta posibilidad pone nuevamente de manifiesto la ausencia de un referente normativo sobre la edad límite para que un menor pueda generar este derecho, por lo que cabría extender el ámbito de la edad al previsto en otras medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, en concordancia con el mandato constitucional de protección de la familia (art. 39 CE)⁵⁷.

En este sentido, resulta interesante la perspectiva de la LAPD para sostener la interpretación de que el menor pueda ser considerado dependiente por razón de la edad a los efectos de la aplicación de la excedencia como medida de conciliación por atención al familiar dependiente, pues “se trata de un sujeto que, por este motivo, precisa de la atención de otra persona y de ayuda importante para realizar actividades básicas de la vida diaria”⁵⁸.

A tal efecto, el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, recoge, expresamente, las particularidades que el baremo de valoración de la dependencia (en adelante, BVD) presenta en menores, especialmente en el caso de las edades de 3 a 17 años⁵⁹. En la normativa se insiste en que estos menores presentan una necesidad de apoyo de su entorno inherente a su desarrollo evolutivo con independencia de que su valoración se realice con el nivel de desarrollo propio de su edad. En este sentido, resulta significativo que en las franjas de edad que se establecen en las tablas de aplicación para identificar las actividades que son objeto de la valoración del BVD

Aranzadi, 1ª. Ed., Madrid, 2011, pág. 605; LÓPEZ BALAGUER, M. “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., pág. 757.

⁵⁴ Tres son los argumentos que se utilizan: Primero, el hecho de que el art. 46.3 ET establezca dos supuestos diferentes entre sí para solicitar las excedencias, uno de ellos, dedicado al menor estableciendo un límite de edad, de suerte que el supuesto de cuidado de familiar del menor, mayor de tres años supondría dejar sin efecto el límite de edad (STS) País Vasco de 2 de mayo de 2007. AS 1096/2007); segundo, la Exposición de motivos de la Ley 39/1999, que introduce la excedencia para el cuidado de familiar, explica que dicha novedad trata de atender a la necesidad de cuidar, entre otros, a personas de edad avanzada.; tercero, el art. 46.3 ET exige que el sujeto que necesita cuidados no desarrolle actividad retribuida alguna; teniendo en cuenta la prohibición de trabajar de los menores de 16 años, solo tiene sentido la referencia a las personas de edad avanzada, nunca a los menores, mayores de tres años, cuando la situación de desvalimiento obedece a la edad (STS) Aragón 14 de octubre de 2009, AS 959, 2010), en GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares: puntos críticos”, cit., pág. 238-239.

⁵⁵ GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares: puntos críticos”, *RMEYSS*, 2017, núm. 133, págs. 239.

⁵⁶ JURADO SEGOVIA, A.: “Excedencia por cuidado de hijos y familiares”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VIII, cit., pág. 329.

⁵⁷ GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares: puntos críticos”, cit., pág. 239, que considera que “adoptar la interpretación contraria daría lugar a un escenario de desprotección del menor, mayor de 3 años, que se encuentra en una situación de desvalimiento y no puede ser cuidado por el trabajador, ni al amparo de la excedencia para el cuidado de hijos ni bajo la cobertura de la excedencia de un familiar”.

⁵⁸ LÓPEZ BALAGUER, M. “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., pág. 757.

⁵⁹ Repárese en que para los menores de tres años, el RD 174/2011 establece un baremo específico (Anexo II) al que denomina “Escala de Valoración Específica”.

(tres a seis años, siete a diez años, 11 a 17 años) muchas de las tareas se consideren no aplicables por razón de la edad⁶⁰.

A nuestro juicio, coincidimos con la doctrina⁶¹ en que no tiene sentido que el menor, mayor de tres años, sólo por el hecho serlo pueda ser considerado dependiente a los efectos de la LADP sin tener en consideración los parámetros que se establecen para ello. Sin embargo, se nos plantea la duda sobre la posibilidad de que se pueda (o no) solicitar la excedencia por cuidado de familiar menor, mayor de tres años. Esta situación nos lleva a la pregunta de “si no sería más coherente refundir ambas modalidades de excedencia- cuidado de hijo y familiar- en una sola, pues aunque el bien jurídico protegido es más amplio en la primera que en la segunda, no se aprecia inconstante alguno para subsumir el cuidado de hijo dentro del cuidado de un familiar por razón de edad”⁶².

En todo caso y a los efectos que aquí interesan, parece que la interpretación más ajustada a la finalidad de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar es la que defiende que puede ser dependiente por razón de edad “tanto el sujeto que acredita una edad avanzada que no le permite valerse por sí mismo, como el sujeto que acredita una edad temprana”⁶³.

III. LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

1. LOS CUIDADOS INFORMALES

Uno de los propósitos de la Ley 30/2006, de 14 de diciembre, promoción de la autonomía personal y atención a las personas con discapacidad, es la implantación de un modelo profesional de cuidado de las personas dependientes. Ahora bien, la ley no ha olvidado el cuidado que se ha efectuado en el entorno familiar a través del denominado “apoyo informal”, por lo que articula un sistema de protección de aquellos dependientes que son atendidos mediante cuidados no profesionales⁶⁴ “a través de una atención prestada en su domicilio, por personas de su familia o entorno, no vinculadas a un servicio profesionalizado” (art. 2.5 LAPD).

Pues bien, aunque el sistema diseñado por la LAPD no es el de la promoción institucional y profesional, otorga, sin embargo, prioridad⁶⁵ a la opinión del usuario y de sus familias que “por

⁶⁰ En concreto, el Anexo I se refiere a la realización de las tareas domésticas: preparar comidas, hacer la compra, limpiar y cuidar la vivienda, lavar y cuidar la ropa; actividades que en la franja de edad de los menores de tres a seis años, de siete a diez años y de once a diecisiete resultan no aplicables por razones de edad.

⁶¹ LÓPEZ BALAGUER, M. “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., pág. 758; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. Y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*”, cit., 605, que opta por la posibilidad de disfrutar “de modo sucesivo” de ambas excedencias, la de cuidado de hijos menores de tres y la de cuidado de familiares.

⁶² GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares: puntos críticos”, cit., pág. 241 establece la presunción de que el menor de doce años se encuentran en desvalimiento a efectos de no valerse por sí mismo; esta presunción “permitiría la operatividad automática de la excedencia con la simple verificación de la edad, por un lado”, y por otro, viene a fijar “la edad en doce años, por ser el límite de edad más alto previsto entre las medidas de conciliación incorporadas en nuestro ordenamiento (véase art. 37.6 ET)”, alineando su argumento con la prevista en la Propuesta de Directiva, presentada en 2017, que “incluye un derecho de los trabajadores, con menores hasta 12 años o de familiares dependientes a solicitar fórmulas de trabajo flexibles para ocuparse de sus obligaciones laborales sin limitarlo, a diferencia de lo que ocurre en la vigente Directiva 2010/18 a los trabajadores que retorne de un permiso parental (cláusula 6) en Comisión Europea (a): “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores” 2017/0085 (COD) recogido en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52017PC0253>.

⁶³ LÓPEZ BALAGUER, M. “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., pág. 758.

⁶⁴ GARCÍA TESTAL, E.: “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (II): Las medidas de seguridad social y el convenio especial para los cuidadores no profesionales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., pág. 790.

⁶⁵ No obstante, esta participación de las familias y sus allegados en la elección de la prestación de cuidados no profesionales ha quedado relegada a supuestos excepcionales. En efecto, tras la entrada en vigor del RD-Ley 20/2012 se refuerzan las potestades administrativas en la elección de la prestación en detrimento de la elección del beneficiario y su familia en la (...)

motivos culturales o afectivos puedan preferir que la atención del familiar dependiente se desarrolle dentro de su entorno habitual y por personas cercanas al mismo⁶⁶.

Para el soporte de estas situaciones prevé la denominada “prestación económica para cuidados en el entorno familiar” (art. 14.4 y 18.1 LAPD)⁶⁷ que tiene una doble finalidad, por un lado, compensar el gasto que al dependiente le supone contar con el apoyo y cuidado del familiar o allegado que permanece en su entorno, y por otro, resarcir económicamente a quien presta estas tareas y, a su vez, compensar también la pérdida de ingresos que le supone la renuncia o el abandono del trabajo para cuidar al familiar. En este sentido, cabe realizar algunas consideraciones de interés:

- La inexistente relación contractual entre el cuidador no profesional y la persona en situación de dependencia. Se entiende que quien desempeña esta tarea lo hace de manera altruista por razón de vínculo de parentesco y afectivo con la persona en situación de dependencia de forma “no profesional”, por ende, no laboral⁶⁸.
- El carácter excepcional del cuidado no profesional. En efecto, se trata de una alternativa secundaria, no preferida ni prevalente. De forma que se acude a ella sólo cuando no sea posible la atención de los dependientes mediante las prestaciones asistenciales o de servicios de la oferta pública o privada concertada de Servicios Sociales⁶⁹.
- La prestación económica para el cuidado en el entorno familiar no se establece como una renta de sustitución por haber renunciado a realizar una actividad laboral. Es más, el beneficiario de esta prestación económica es la persona en situación de dependencia y no el cuidador no profesional. Por tanto, la persona dependiente será quien decida cómo utilizar la prestación, ya sea compensando económicamente a la persona cuidadora ya sea destinándola a otras finalidades⁷⁰.

En consecuencia, las normas sobre dependencia excluyen que entre el cuidador informal y la persona dependiente se concierte una relación laboral contractual del tipo que sea; sin embargo, implanta un “régimen cuasiprofesional”⁷¹, ya que los cuidadores no profesionales quedan encuadrados en el sistema de Seguridad Social y se le incluyen en el sistema de Formación profesional para el empleo a través de acciones de formación y orientación. De este modo, se les reconocen algunas medidas tendentes a compensar el impacto negativo que su tarea de cuidado le puede originar en su carrera profesional y en su carrera de seguro⁷².

elección del Programa Individual de Atención, en FERNÁNDEZ COLLADOS, M^o B.: “Los cuidados en el entorno familiar más de una década después: los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad”, *REDT*, 2018, núm. 210, pág. 7 (consultado en Thomson Reuters Proview),

⁶⁶ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. Y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit. 605.

⁶⁷ El art. 18 LAPD regula la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, a la que podrá acceder, excepcionalmente, el beneficiario que está siendo atendido por el entorno familiar, siempre que junto a las condiciones generales para ser beneficiario a una prestación económica de atención a la dependencia, reúna las establecidas en el art. 14.1 LAPD, es decir, que así lo establezca su Programa Individual de Atención y se den las condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda.

⁶⁸ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “La inclusión de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia y de las que no pueden valerse por sí mismas en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.): *Las prestaciones españolas por dependencia y el Derecho de la Unión Europea*, Ed. Laborum. Murcia, 2100, pág. 179-181, considera que “el elemento que va a resultar decisivo va a ser la verificación de si la Ley 39/2016 prevé o no el carácter retribuido de la prestación de cuidados por parte del cuidador profesional”.

⁶⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006”, cit., pág. 308.

⁷⁰ GARCÍA TESTAL, E.: “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (II): Las medidas de seguridad social y el convenio especial para los cuidadores no profesionales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., pág. 791-792, que cuestiona el destino de la prestación ya que no se garantiza que la ayuda sea destinada al cuidador ni a los cuidados del dependiente.

⁷¹ MONEREO PÉREZ, J.L: *Manual de Derecho de la Dependencia*, Ed. Tecnos, 2014, pág. 225.

⁷² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., 607.

Desde el punto de vista de su posición en el mercado de trabajo, conviene advertir que la medidas de protección social serán distintas según se trate de un cuidador no formal que mantiene su relación laboral con la labor de cuidado y atención del dependiente o de un cuidador no formal que abandona su trabajo, temporal o definitivamente, o que no ha desarrollado actividad laboral alguna por dedicarse a cuidar al familiar o allegado⁷³. En este contexto, habrá que tener en consideración, además, si el cuidado de familiar allegado se realiza en el marco de la LAPD, es decir,

- si el sujeto causante ha obtenido (o no) la consideración de persona dependiente a los efectos de LAPD,
- si se le ha reconocido (o no) la prestación económica de dependencia de cuidados en el entorno familiar y
- si el cuidador tiene la consideración de “cuidador informal o no profesional” a los efectos de la LAPD⁷⁴.

2. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN SOCIAL

A) Garantías en el sistema de Seguridad Social para el cuidador no profesional

Como ya hemos señalado, desde el punto de vista de la posición en el mercado de trabajo en caso de que el cuidador no formal mantenga su relación laboral con la labor de cuidado y atención del dependiente, la LGSS establece una serie de medidas dirigidas a evitar que esta labor de cuidado cause un perjuicio respecto de otras prestaciones de Seguridad Social⁷⁵.

Por lo que se refiere a los supuestos de reducción de jornada, el legislador ha establecido soluciones diferentes para el cálculo de la prestación por desempleo y para el cálculo del resto de prestaciones que se concretan del siguiente modo:

- a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción de la jornada. Este incremento vendrá referido exclusivamente al primer año en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial o por cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo (art. 237.4 RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre);
- a efecto de la prestación por desempleo, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubieran mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial, en los supuestos, no sólo de reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares, sino también en los supuestos de reducción de jornada por hospitalización del hijo a continuación del parto. En este sentido, si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máximas y mínimas se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas

⁷³ GARCÍA TESTAL, E.: “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (II): Las medidas de seguridad social y el convenio especial para los cuidadores no profesionales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., págs. 792-793

⁷⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., 607.

⁷⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social”, RMEYSS, 2017, núm. 133, págs. 332-338.

de efectos múltiples (IPREM) en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada⁷⁶ (art. 270.6 RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre).

En relación con la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, la LGSS regula una prestación económica para los progenitores, adoptantes o acogedores que opten por la reducción de su jornada ordinaria de trabajo a la mitad. Básicamente, tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren los trabajadores al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente de los hijos menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad.

Por esta razón, se añade un nuevo Capítulo X al Título II de la Ley General de la Seguridad Social (RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre), «Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave», dentro del que se incluyen nuevos preceptos, art. 190 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, referidos a la «situación protegida, art. 191 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, dedicado a los beneficiarios y art. 192 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, relativo a la prestación económica», que vienen a establecer, de forma expresa el reconocimiento de una prestación económica a los progenitores adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Para el reconocimiento de esta prestación se exigen los siguientes requisitos:

- Es necesario que se cumplan las exigencias sustantivas para la concesión de la reducción de jornada. En este sentido, es requisito indispensable que ambos padres trabajen, que exista el cáncer o enfermedad grave, que requiera hospitalización, tratamiento continuado, preceptivamente acreditado por un informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.
- En relación directa con el acceso al derecho a esta prestación se exigen los mismos requisitos y en los mismos términos que los establecidos para la maternidad contributiva [Beneficiarios (art. 178 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre), Prestación económica (art. 179 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre) y pérdida o suspensión del derecho por maternidad (180 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre)⁷⁷. No obstante, cuando en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente concurren las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, la norma establece que el derecho a percibir la prestación sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad derivada de contingencia profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. Por lo que se refiere a la duración de la prestación económica, la norma no prevé un período de duración determinado, pero sí de extinción que será bien cuando concluya la necesidad del cuidado directo continuo y permanente del menor de 18 años, cese que tendrá que ser informado por el Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, bien cuando el menor, aunque persista la enfermedad, cumpla 18 años.

Por último, cabe señalar que «en línea con la ficción legal que en materia de cotización durante los períodos de reducción de jornada prevista en el art. 37.6 ET incorporó la LOI, el legislador,

⁷⁶ Recuérdese que ya el voto particular de los Consejeros de CCOO y UGT al Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral, señalaba que «a efectos de base reguladora para el desempleo debería tenerse en cuenta el salario a jornada completa, así como la circunstancia de que se pierde un trabajo a jornada completa, de modo que la determinación de las prestaciones no se vea reducida por la simple circunstancia de haberse acogido a una reducción de jornada».

⁷⁷ Sobre los requisitos para acceder a la prestación de maternidad contributiva, sus términos y condiciones, véase el epígrafe de este capítulo referido a prestación por maternidad. Por todos: R. AGUILERA IZQUIERDO, J. GIL PLANA, *Las prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia*, Civitas, Madrid. 2010.

como no podía ser de otra manera, extiende su aplicación a este nuevo supuesto. Así, la cotizaciones realizadas durante los períodos de reducción de jornada por cuidado de hijo con cáncer o enfermedad grave se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo a efectos de las prestación por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal»

En el caso de la excedencia por cuidado de familiares se considera como situación asimilada al alta y como período de cotización efectiva a efecto de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social. De este modo, se considera como efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad el primer año del período de excedencia disfrutado.

Asimismo, se establece reglas de mejora en la base cotización para el cálculo de las prestaciones cuando la excedencia va precedida de una reducción de jornada por cuidado de familiares. En este caso, el art. 237.3 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre determina que “a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido, si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo”. De este modo, al calcularse el promedio de las base de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia, las correspondientes a una situación de cuidado de familiares se incrementarán hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubieran alcanzado en el supuesto de no haberse solicitado la citada reducción de jornada⁷⁸.

B) Protección social del cuidador no profesional

El RD 615/2007, de 11 de mayo, regula la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en situación de dependencia⁷⁹ que, en principio, hasta la reforma que incorpora el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, preveía, salvo excepciones, la inclusión obligatoria de los cuidadores no profesionales en el Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia con independencia común o profesional, mediante la suscripción de un convenio especial que no precisaba de la acreditación de un período de cotización previo.

Además, el cuidador no profesional no era el sujeto obligado al pago de la cotización si no el IMSERSO. En efecto, este organismo público era el que asumía la obligación de pago de las cuotas resultantes de la suscripción del Convenio Especial y las ingresa en la TGSS (art. 4.5 RD 615/2017); cotización que incluía la específica por formación profesional a efectos de financiar total o parcialmente las actividades formativas de los cuidadores⁸⁰.

⁷⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social”, cit., pág. 334.

⁷⁹ El Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, otorga una nueva redacción a los arts. 1 y 4.1 3º RD 615/2007.

⁸⁰ Sobre la obligatoriedad del convenio especial de Seguridad Social y las reglas de cotización: SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., “La protección de la dependencia”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., págs. 609-620; GARCÍA TESTAL, E.: “Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (II): Las medidas de seguridad social y el convenio especial para los cuidadores no profesionales”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., págs. 796-798.

Ahora bien, tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, se adoptan una serie de medidas de ahorro⁸¹, como consecuencia de la crisis económica-financiera del momento, que inciden, en general, en la estabilidad y desarrollo del Sistema de Dependencia, y en concreto, determinan una importante restricción de la prestación económica de Seguridad Social para cuidados en el entorno familiar. Estas medidas, son entre otras⁸², las siguientes:

- Por un lado, la “voluntariedad” de la protección social del cuidador no profesional. Como ya se ha señalado uno de los avances más destacados del reconocimiento de los cuidadores informales fue la configuración legal de su régimen jurídico y su inclusión en el sistema de Seguridad Social con carácter obligatorio⁸³. Tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012, la suscripción del Convenio Especial con la TGSS pasa a tener carácter voluntario. De modo que será el propio cuidador no profesional quien decida suscribir (o no) el Convenio Especial con la TGSS⁸⁴. Desde el 1 de enero de 2013, el Convenio Especial constituye una obligación exclusiva del cuidador no profesional y
- Por otro, la obligación de cotización a la Seguridad Social a cargo exclusivo del cuidador no profesional. También recae sobre el cuidador no profesional, -y no sobre el IMSERSO-, la obligación de cotizar a la Seguridad Social por el Convenio Especial. No obstante, el RDL 20/2012 ha previsto un régimen transitorio de acceso a la nueva situación para aquellos cuidadores informales que, de forma voluntaria, decidan mantener dicho Convenio⁸⁵. Aun así, la nueva configuración legal lleva a que sea el cuidador no profesional quien asuma *ad futurum* dicha obligación.

Estas medidas de endurecimiento de los requisitos para el reconocimiento de la prestación para cuidado de familiar, reducción de su importe y exclusión del cuidador del Sistema de Seguridad Social han provocado la reducción progresiva y drástica del número de convenio especiales de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia. A fecha de 31 de mayo de 2018 el número total de convenios suscritos por los cuidadores no profesionales era de, aproximadamente, 8.000 convenios, de los cuales, 891 fueron suscritos por hombres y 7109 por mujeres⁸⁶. Por todo ello, lo más oportuno sería volver a reconsiderar los cambios incorporados – entre otros, voluntariedad de la protección social o la cotización exclusiva a cargo del cuidador no

⁸¹ Título III RD –Ley 20/2012 incorpora las medidas de racionalización del sistema de dependencia, lo que comporta, como veremos, la modificación de algunos preceptos de la LAPD, en concreto, los referidos al nuevo tratamiento del sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de la personas en situación de dependencia.

⁸² FERNÁNDEZ COLLADOS, M^o B.: “Los cuidados en el entorno familiar más de una década después: los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad”, cit., pág. 7, señala, además, otras restricciones: se priorizan las prestaciones de servicios en la asignación a las CCAA del nivel mínimo de protección; se refuerzan las potestades administrativas en la elección de la prestación en detrimento de la elección del beneficiario y su familia en el procedimiento de elaboración del PIA (art. 29.1 LAPD); se paraliza el calendario de aplicación progresiva de la Ley, se eliminan los efectos retroactivos de las prestaciones del sistema y se reducen las cuantías económicas máximas recibidas por los cuidadores familiares”.

⁸³ DURÁN BERNARDINO, M.: “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y su carácter excepcional a la luz de las últimas reforma”, *Temas Laborales*, 2014, pág. 172.

⁸⁴ Este carácter voluntario que marca el RD-Ley 20/2012 es, realmente, obligatorio, pues los convenios preexistentes quedaron extinguidos a 31 de agosto de 2012; a no ser que el cuidador solicite expresamente el mantenimiento del mismo con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entenderá subsistente dicho convenio desde el día 1 de septiembre de 2012. (Dips. Transit. 13^o RDL 20/2012).

⁸⁵ a) Desde el día 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2012 la cotización a la Seguridad Social tiene una reducción del 10 % en el total de la cuota a abonar, siendo a cargo de la Administración General del Estado (IMSERSO) el 5 % del total de la cuota y el 85 % restante a cargo del cuidador no profesional (Disposición transitoria decimotercera); b) Transcurrido este periodo, es decir, a partir del 1 de enero de 2013, el Gobierno deja de cotizar a la Seguridad Social por aquellas personas que cuidan a un familiar, de forma que el convenio especial será a cargo exclusivo del cuidador no profesional (Disposición adicional octava y Disposición transitoria decimotercera)

⁸⁶ De las 7109 mujeres, sólo hay 1.863 menores de 50 años, en Tesorería General de la Seguridad. IMSERSO:

profesional- y/o plantear bonificaciones de las cuotas para colectivos que realicen habitualmente estas labores de cuidado (mujeres o personas de mayores de 45 años)⁸⁷.

A pesar de que el legislador con esta reforma del sistema de dependencia ha pretendido fomentar las prestaciones del servicio (mayor calidad, generación de empleo, retorno económico) y reducir el déficit público, lo cierto es que el cuidador no profesional realiza una tarea imprescindible para nuestra sociedad, como es el cuidado de las personas dependientes; por ello, es difícil entender que el legislador haya optado por “aminorar el gasto en el cuidado no profesional a sabiendas de que se realizará sin ese coste económico, y sin valorar el coste social que supone retroceder en el Estado social y en la igualdad entre hombres y mujeres”⁸⁸.

A pesar de todas las dificultades a las que se enfrenta en la actualidad el sistema para la autonomía y atención a la dependencia⁸⁹ –competencias de gestión organizativa y financiera- que impiden su evolución y consolidación, consideramos que el foco del problema no sólo se debe centrar en la prestación económica del cuidador no profesional en la idea de que la estabilización y equilibrio del Sistema dependa, únicamente, de la restricción o suspensión de esta prestación⁹⁰. A nuestro juicio, la solución pasa por una situación intermedia en la que se favorezca el cuidado en el entorno no profesional, cuando así se decida, bajo los criterios de cumplimiento de los requisitos y control del servicio autonómico correspondiente.

⁸⁷ FERNÁNDEZ COLLADOS, M^o B.: “Los cuidados en el entorno familiar más de una década después”, cit., pág. 12.

⁸⁸ FERNÁNDEZ COLLADOS, M^o B.: “Los cuidados en el entorno familiar más de una década después”, cit., pág. 12.

⁸⁹ Al respecto, en el Preámbulo del RDLey 20/2012, se recogen algunas dificultades a las que se enfrenta en la actualidad el sistema para la autonomía y atención a la dependencia. “El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en sesión celebrada el día 12 de abril de 2012, concluyó que existen importantes desigualdades en la aplicación de la LPAD por parte de las Comunidades Autónomas. Entiende que “ante situaciones de dependencia similares, se producen desarrollos normativos dispares que afectan tanto a la prestación de servicios, al procedimiento y tiempo en acceder a las prestaciones y servicios, como a la determinación de la capacidad económica del usuario y su aportación al coste de las mismas”. Además, considera también que “existen diferencias relevantes en el proceso de valoración de las situaciones de dependencia entre niveles dentro del mismo grado, produciéndose grandes diferencias entre Comunidades Autónomas en estos aspectos”. Por ello, se precisan las medidas correctoras que exigen su inmediata aplicación para una correcta evolución del SAAD. Bajo este contexto, el RDL 20/2012, además, dar un nuevo tratamiento al sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia; (...), *viene a* determinar que los servicios relacionados con las necesidades domésticas solo puedan ser reconocidos conjuntamente con los de atención personal. La vigente clasificación en grados y niveles de la situación de dependencia no ha significado una diferenciación en las prestaciones y servicios que se reconocen a las personas beneficiarias dentro de un mismo grado e, incluso, entre niveles próximos de distintos grados. La sostenibilidad económica del SAAD, la situación económica por la que atraviesa la economía española y la exigencia de cumplimiento de los objetivos de déficit público, requieren la adopción por parte del Gobierno de medidas urgentes de naturaleza económica que se traduzcan en ahorros inmediatos en el gasto de las administraciones públicas. En este sentido, el RDL 20/2012 incorpora diferentes medidas que generan un ahorro, por un lado, en el gasto de las Comunidades Autónomas, mediante la reducción de las cuantías máximas de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar. Por otro, en el gasto de la Administración General del Estado, por la vía de la reducción de las cuantías del nivel mínimo de financiación del SAAD”.

⁹⁰ DURAN BERNARDINO, M.: “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y su carácter excepcional a la luz de las últimas reforma”, cit, pág. 180.

CAPÍTULO III. FAMILIARES Y PROTECCIÓN SANITARIA

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. INTRODUCCIÓN: TITULAR DEL DERECHO VS. ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS DE ASEGURADOS

Aunque en un Sistema sanitario como el nuestro, formalmente de carácter universal, se pudiera pensar que resulta irrelevante ostentar bien la condición de asegurado, bien la de familiar del mismo o incluso la de no asegurado (ya que todos recibirían cobertura sanitaria), lo cierto es que no siempre ha sido así, y de hecho sigue sin serlo a efectos de prestaciones farmacéuticas y de cobertura sanitaria en caso de aplicación de normas internacionales, además de en los regímenes especiales del mutualismo administrativo.

En efecto, si bien tras el Real Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre acceso universal al Sistema Nacional de Salud se ha dado un paso de gigante en la real universalidad de la asistencia sanitaria, sin que ya pueda reprocharse al sistema (sobre todo el que hubo desde agosto de 2012) de quedarse en una “teórica universalidad”¹, la distinción de entre asegurado/beneficiario del mismo no es meramente teórica, sino que las circunstancias profesionales y/o personales concurrentes determinan algunos aspectos de la cobertura, especialmente la farmacéutica. También lo tiene en el contenido de la asistencia sanitaria, si estamos a las diferencias existentes en la atención prestada por el mutualismo administrativo, y que de forma derivada hace que la condición de familiar de un funcionario del mutualismo o familiar de otro sujeto, tenga implicaciones reales en cuanto a los medios y extensión de la cobertura que reciba. De forma derivada se puede ver afectada la extensión objetiva de la protección. Pues bien, dentro de las condiciones personales que influyen en el acceso y contenido de la cobertura, una de las más relevantes es el vínculo familiar. Tiene implicaciones en orden tanto a las circunstancias requeridas para de modo efectivo ser beneficiario de la asistencia, como las condiciones y extensión de la misma.

Partiendo de una inicial declaración de universalidad de la cobertura², la normativa anterior al 31 de julio de 2018 no era coherente con esa declaración, al diferenciar de forma prolija quiénes son acreedores de atención sanitaria, sobre todo tras el RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que –como es sabido– dio un paso atrás en la universalización, excluyendo a los extranjeros en situación irregular, y dejando fuera del concepto de beneficiario a los ascendientes, y a los descendientes mayores de veintiséis años del asegurado. Constituyó una

¹ TORTUERO PLAZA, J.L., «El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios», en VV.AA., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, 2016, pág. 58.

² El carácter universal deriva de una expresa declaración en tal sentido de la Ley, que desde 1986 indica -en los artículos 1.2 y 3.2 de la Ley General de Sanidad- que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. Por tanto, solo condicionado a residir (legalmente) en España. Respecto de los españoles, el artículo 3.2 de dicha Ley es aún más categórico: «La asistencia sanitaria pública de extenderá a toda la población española». Y de forma igualmente contundente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, enumera como uno de los principios informadores de la Ley el aseguramiento universal y público por parte del Estado.

“contrarreforma sanitaria”³, en el sentido de que supuso un retroceso respecto a todas las reformas aprobadas en esta materia en las dos últimas décadas. A la hora de definir quiénes son beneficiarios, regresó a la noción de “asegurado”, que sustituyó la de “titulares de los derechos”, con lo que se debilitó el principio de universalidad en el aseguramiento de la asistencia sanitaria. Se sustituyó «el “derecho del ciudadano” por la identificación del “asegurado” y “beneficiario”»⁴.

Hasta agosto de 2012, «todas las personas han venido teniendo acceso, de derecho o *de facto*, a las prestaciones sanitarias del SNS, en coherencia con el derecho reconocido en el artículo 43 CE. Pero eso no quería decir, como muchos creen, que nuestro sistema fuese normativamente universal, pues esta universalización estaba reconocida en la legislación sanitaria –artículo 1.2 LGS–, pero no se garantizaba de modo efectivo, al persistir un extenso y complicado entramado regulador, propio de la legislación de Seguridad Social, que condicionaba jurídicamente el acceso concreto»⁵.

Tras el RDL 7/2018, de 27 de julio⁶, ya no distinguen dos grandes categorías: la de asegurado, y la de beneficiario de un asegurado (que son determinados familiares). No obstante, esta diferenciación no puede obviarse, recogiendo de forma expresa en la disposición adicional única del RDL 7/2018, a efectos de lo previsto en la normativa internacional y la aportación a la prestación farmacéutica (y del mutualismo administrativo). En esta disposición se sigue contemplando el mismo concepto de “beneficiario del asegurado” que se recogía en el artículo 3 de la Ley 16/2003⁷, que comprendería al cónyuge o persona con análoga relación de afectividad (que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente), así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65 por ciento, exigiéndose en todos los casos que residan en España. A diferencia de la regulación de 2012, el concepto de beneficiario del asegurado ya no comprende al ex cónyuge a cargo del asegurado.

II. LOS FAMILIARES DEL ASEGURADO A EFECTOS DE PRESTACIONES FARMACÉUTICAS Y NORMATIVA INTERNACIONAL. CONCEPTO, REQUISITOS Y CONTENIDO DE LA COBERTURA

Como hemos adelantado, pese a que tras el RDL 7/2018, de 27 de julio, con carácter general se ha sustituido la noción de asegurado/beneficiarios por la de titular del derecho, profundizando en una verdadera universalización de la cobertura sanitaria, se sigue manteniendo la institución de “asegurado/beneficiario” a tres efectos: la regulación del mutualismo administrativo, la aportación de la prestación farmacéutica y la normativa internacional.

Sigue habiendo en estas esferas un derecho “derivado” del que como originario ostenta el asegurado, asegurado que en otra época era el “cabeza de familia”, acuñándose la ya rancia expresión

³ En palabras del propio Tribunal Constitucional, el RDL 16/2012 “supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud” (FJ 8 de la STC 139/2016), toda vez que los criterios de delimitación de la titularidad del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, ahora seleccionados, son diferentes a los que establecía la anterior redacción del artículo 3 de la Ley 16/2003, que atendía a otros parámetros distintos. En los mismos términos, calificada por SÁNCHEZ BAYLE, M., «Comienza la contrarreforma sanitaria», *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 27, 2012, págs. 177-178.

⁴ TORTUERO PLAZA, J.L., «El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios», *op. cit.*, pág. 59. Otros análisis de la diferenciación entre asegurados y beneficiarios (del régimen anterior al RDL 7/2018, de 27 de julio), en TOSCANI GIMÉNEZ, D., «Los requisitos exigidos para ser asegurado o beneficiario», en VV.AA., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, *cit.*, págs. 279 y ss.; PÉREZ ALONSO, M.ª., «Los asegurados y beneficiarios de la asistencia sanitaria», en VV.AA., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, *cit.*, págs. 279 y ss.

⁵ MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, QUESADA SEGURA, MALDONADO MOLINA, *Manual de Seguridad Social*, 14. ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2018, pág. 466.

⁶ En vigor desde el 31 de julio de 2018, día siguiente a su publicación en el BOE del 30 de julio.

⁷ Y desarrollado reglamentariamente, a estos efectos, por el RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, hoy día derogados sus artículos 2 a 8.

de “médico de cabecera”, que antaño se empleaba para referirse a lo quien técnicamente es el médico de atención primaria (también conocido como “médico de familia”).

No solo es un derecho “derivado”, sino “subsidiario”, en tanto que el “beneficiario del asegurado”, dejará de serlo⁸ cuando se encuentren en alguno de los supuestos ordinarios⁹ previstos para ser asegurado, que conforme al número 2 letra b de la disposición adicional única RDL 7/2018 son los siguientes¹⁰:

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta¹¹.
- b) Ostentar la condición de pensionista de los regímenes de Seguridad Social¹².
- c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de dichos regímenes

A diferencia de lo recogido en el derogado art. 2.1 RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, no se considera como “asegurado” a estos efectos a quien haya agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España.

Por lo demás, y en tanto tenga lugar el desarrollo reglamentario previsto en el “nuevo” artículo 3 bis Ley 16/2003, se mantendrán los procedimientos vigentes y las bases de datos existentes antes de la entrada en vigor del RDL 7/2018¹³. En este sentido, a efectos de prestaciones farmacéuticas, si el familiar dependiente económicamente dejara de estar en alguna de las situaciones anteriores, podría volver a ser considerado “beneficiario del asegurado”, como preveía el artículo 7 RD 1192/2012. Del mismo modo, cuando una persona pueda ostentar la condición de beneficiaria de dos o más personas aseguradas, solo se podrá reconocer dicha condición por una de ellas, prevaleciendo, en todo caso, la condición de beneficiaria de una persona asegurada como trabajador que como pensionista o perceptor de prestaciones periódicas. Por tanto, en caso de unidad familiar en la que convivan trabajador y pensionista con un familiar no asegurado, éste queda vinculado al trabajador y

⁸ En tal caso, la condición de persona beneficiaria se extinguirá el día en que se adquiera la condición de persona asegurada. Si, con posterioridad, se pierde la condición de persona asegurada pero se siguen reuniendo los requisitos previstos para ostentar la condición de persona beneficiaria, el reconocimiento de esta última condición tendrá efectos desde el día siguiente a aquél en que se extinga la condición de persona asegurada (art. 7.2 RD 1192/2012, de 3 de agosto, derogado tras el RDL 7/2018).

⁹ Fuera de estos casos ordinarios, como es sabido, había otros supuestos extraordinarios que también daban lugar a la condición de “asegurado”, pero que a su vez se condicionaban a no ser “beneficiario del asegurado” (artículo 2.1 letra b RD 1192/2012): quienes no tengan ingresos superiores a cien mil euros -en cómputo anual- ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía (recuérdese que la STC 139/2016, de 21 de julio, declaró inconstitucional y nula la deslegalización que recogía la nueva redacción dada por el RDL 16/2012 al artículo 3.3 Ley 16/2003, al remitirse al «límite de ingresos determinado reglamentariamente»). Este supuesto era “subsidiario” al del beneficiario del asegurado, que también es subsidiario al de asegurado. Al supeditarse a no ser familiar de un asegurado, no nos hubiera interesado en este punto.

¹⁰ En este aspecto recoge en parte lo previsto por el artículo 3 Ley 16/2003 en la redacción dada por el RDL 16/2012, y el derogado artículo 2.1 RD 1192/2012.

¹¹ Se excluye como beneficiario del asegurado al abogado en ejercicio dado de alta en la Mutuality General de la Abogacía, al ser una Mutuality alternativa a la Seguridad Social (pudiendo optar entre el RETA o la Mutuality), pudiendo suscribir el convenio con la Seguridad Social para la prestación de asistencia sanitaria, en virtud de la Disposición Adicional 15ª de la Ley 30/1995 de Ordenación del Seguro Privado, que establece que «para las personas que ejerzan una actividad por cuenta propia... que se colegien en un colegio profesional cuyo colectivo no haya sido integrado en dicho Régimen Especial será obligatoria la afiliación a la Seguridad Social. Al objeto de dar cumplimiento a dicha obligación podrá optar por solicitar la afiliación y/o alta en dicho Régimen Especial o incorporarse a la Mutuality que tenga establecida dicho Colegio Profesional». En este sentido, STSJ de Asturias, de 10 de mayo de 2002 (AS\ 2002\1672); STSJ de Castilla y León (Valladolid) número 2659/2004, de 23 de abril de 2004; STSJ de Extremadura, de 20 de abril de 2006 (AS\ 2006\1866).

¹² Se incluye como beneficiario del asegurado al pensionista del sistema de pensiones suizo, conviviente con un pensionista español en España, pensionista suizo que no tenía por otra vía reconocido el derecho a la asistencia sanitaria en España. Así STSJ Asturias 17 mayo 2011; STSJ Asturias 29 mayo 2015; STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 20 de noviembre de 2017; STSJ Extremadura, de 28 de febrero de 2017.

¹³ Disposición Transitoria segunda RDL 7/2018, de 27 de julio.

no al pensionista (lo cual es especialmente relevante en orden a la aportación de las prestaciones farmacéuticas).

En el ámbito de la coordinación de la seguridad social comunitaria, también se establece el carácter subsidiario del derecho de los familiares. Así, en caso de asistencia sanitaria transfronteriza, el artículo 32 del Reglamento (CE) n. 883/2004, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, titulado “Prioridad del derecho a prestaciones en especie – Norma especial para el derecho de los miembros de la familia a prestaciones en el Estado miembro de residencia”¹⁴, asienta la prevalencia de la consideración del derecho propio sobre el derivado¹⁵.

Por tanto, nos centraremos en el régimen aplicable en el copago farmacéutico (y en orden a las normas internacionales) en tanto que familiar de uno de los asegurados: familiar de trabajador o del pensionista. En esta materia, se sigue la tradicional conexión entre el derecho a la asistencia sanitaria y la condición de asegurado al Sistema del sujeto, aseguramiento que a su vez venía motivado por la realización de una actividad (estando en activo o siendo pensionista). Y de manera derivada, la cobertura se extiende al familiar del mismo. Veamos quiénes se consideran familiares a estos efectos.

1. CONCEPTO DE FAMILIAR A ESTOS EFECTOS

La disposición adicional única RDL 7/2018, como hemos adelantado, enumera quiénes –al no ser “asegurados”- podrán recibir la cobertura en calidad de “beneficiarios de los asegurados”, como derecho derivado de la condición de familiar o asimilados de un asegurado al Sistema.

La norma comienza equiparando –a estos efectos- las nociones de de “asegurado” y de “titular del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria”. Así, señala que «A los efectos de lo establecido en las normas internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, el concepto de asegurado se entenderá realizado a aquellas personas que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo», es decir:

- a) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español.
- b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia.
- c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

Como se comprueba, nada que ver con el concepto de asegurado introducido en 2012, que se limitaba a los trabajadores, pensionistas y desempleados.

A continuación, y solo a los efectos de lo establecido en las normas internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el texto refundido de la Ley de garantías y uso

¹⁴ Indica este precepto que «Un derecho propio a prestaciones en especie basado en la legislación de un Estado miembro o en el presente capítulo tendrá prioridad respecto a un derecho derivado a prestaciones en beneficio de los miembros de la familia», aunque a continuación matiza que «El derecho derivado a prestaciones en especie deberá en cualquier caso tener prioridad sobre los derechos propios cuando el derecho propio en el Estado miembro de residencia exista directa y únicamente con motivo de la residencia del interesado en dicho Estado miembro». En su número 2 se añade que «Cuando los miembros de la familia de una persona asegurada residan en un Estado miembro con arreglo a cuya legislación el derecho a prestaciones en especie no dependa de condiciones de seguro o de una actividad como trabajador por cuenta ajena o propia, las prestaciones en especie que les sean otorgadas correrán a cargo de la institución competente del Estado miembro en que residen, siempre y cuando el cónyuge o la persona que se haga cargo de los hijos de la persona asegurada ejerza una actividad como trabajador por cuenta ajena o propia en dicho Estado miembro o reciba una pensión de dicho Estado miembro por haber ejercido una actividad como trabajador por cuenta ajena o propia».

¹⁵ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V., *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación*, Comares, Granada, 2017, pág. 215.

racional de los medicamentos y productos sanitarios¹⁶, rescata el concepto de beneficiario, pero no del asegurado¹⁷, sino del titular del derecho. Y lo acota refiriéndose a las personas que tengan uno de los dos vínculos siguientes:

- el cónyuge¹⁸ o persona con análoga relación de afectividad (constituyendo una pareja de hecho)¹⁹, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente.
- los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo²⁰ que sean menores de veintiséis años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65 por ciento²¹, siempre que cumplan todos los siguientes requisitos:
 - a) Tengan su residencia legal y habitual en España, salvo que la misma no sea exigible en virtud de la norma internacional correspondiente, o que se trate de personas que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español en situación asimilada a la de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social.
 - b) No se encuentren en alguno de los siguientes supuestos de los regímenes de la Seguridad Social:
 - 1º. Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado y en situación de alta o asimilada a la de alta.
 - 2º. Ostentar la condición de pensionista de dichos regímenes en su modalidad contributiva.
 - 3º. Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de dichos regímenes.

Es un concepto aún más restrictivo que el que se introdujo en 2012, ya que con el RDL 16/2012 quedaron fuera de la noción de familiares los ascendientes y los descendientes mayores de veintiséis años²² (salvo discapacidad).

Así, desde agosto de 2012 quedan fuera los ascendientes. El RD 1192/2012 derogó el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, en cuyo artículo 2.2 enumeraba los familiares o asimilados a cargo de los asegurados que tenían derecho a la asistencia sanitaria, dentro de los que la norma del año 67 incluía a “Los ascendientes legítimos, naturales o por adopción, tanto del titular del derecho como de su cónyuge y los cónyuges de tales

¹⁶ Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio.

¹⁷ Se recogía en el artículo 3.4 Ley 16/2003 (redacción anterior al RDL 7/2018) y artículo 3 RD 1192/2012.

¹⁸ Aplicando el artículo 6.3 RD 1192/2012, conforme a lo previsto en la disposición transitoria segunda RDL 7/2018, de 27 de julio, se acredita con el Libro de Familia o certificado de inscripción del matrimonio.

¹⁹ Se acredita con certificación de la inscripción en alguno de los registros públicos existentes o, en su defecto, el documento público correspondiente (art. 6.3 letra b RD 1192/2012). En este punto, a diferencia de otras prestaciones del Sistema, desde hace décadas es irrelevante la existencia de vínculo conyugal. Ya desde 1984 se extendía a la persona que, sin ser cónyuge del titular del derecho, convivía maritalmente con él, al menos con un año de antelación a la fecha de la solicitud, así como los hijos de ésta (Resolución de 29 de diciembre de 1984, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social). Una vez aprobada la irrelevancia del sexo en cuanto a los matrimonios civiles (Ley 13/2005), se planteó si ese criterio también sería extensible a las uniones de hecho, cualquiera que sea el sexo de los integrantes de la pareja. Sobre esta cuestión se pronunció la Secretaría de Estado de la Seguridad Social en una Resolución, en la que se dictaron nuevos criterios de actuación, que suprimieron el adoptado en 1997, que discriminaba a las parejas de hecho homosexuales y les vedaba un derecho constitucional. Así, pasó a considerarse que tras la nueva regulación del matrimonio, “resulta obligado entender que las referencias a situaciones de convivencia marital contenidas en la Resolución de 29 de diciembre de 1984, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, resultan aplicables con independencia del sexo de los convivientes”.

²⁰ Se acredita con el Libro de familia o certificado de nacimiento para acreditar la condición de descendiente de la persona asegurada o de su cónyuge, ex cónyuge a cargo o pareja de hecho (art. 6.3 letra d RD 1192/2012).

²¹ En el caso de mayores de 26 años con discapacidad, se requiere el certificado de reconocimiento del grado de discapacidad en grado igual o superior al 65 por ciento (art. 6.3 letra d RD 1192/2012).

²² Hasta 1987, hubo un límite de edad para los descendientes, hijos adoptivos o hermanos. Ese límite, fijado en el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, era originalmente de veintiún años, pero se elevó a veintiséis por RD 1377/1984, de 4 de julio. En 1987, el Decreto 1682/1987, de 30 de diciembre, lo suprimió. Y el RD 1192/2012 lo recuperó.

ascendientes por posteriores nupcias”. Por tanto, se excluye²³ a los ascendientes del titular y de su cónyuge, así como los cónyuges de tales ascendientes por posteriores nupcias.

Respecto de los mayores de veintiséis años, su exclusión constituyó una de las reformas más controvertidas de las introducidas por esa norma²⁴. El límite de edad no quiere decir que queden desprotegidos a efectos de prestación farmacéutica o sanitaria, sino que a partir de esa edad pasarán a ser titulares del derecho. Tampoco quedaba excluidos con la regulación introducida por el RDL 16/2012, sino que –en caso de que no realicen una actividad asegurable, obviamente– pasarían a los supuestos extraordinarios de la condición de asegurado²⁵.

Y con el RDL 7/2018 se mantienen dichas exclusiones, y se deja fuera también al ex cónyuge o el separado judicialmente que estuviera a cargo de la persona asegurada por tener derecho a percibir una pensión compensatoria por parte de ésta²⁶. La explicación es que pasan a ser titulares del derecho, directamente.

Como hemos adelantado, junto a familiares en sentido estricto, la disposición adicional única RDL 7/2018 sigue hablando de “asimilados a descendientes”, aunque no concreta quiénes son. No obstante, entendemos que por aplicación de la disposición transitoria segunda RDL 7/2018, deberá seguir estando a los criterios fijados en el RD 1192/2012. Por tanto, se asimilarían a beneficiarios las siguientes personas:

- Los menores sujetos a la tutela o al acogimiento legal²⁷ de una persona asegurada, de su cónyuge (aunque esté separado judicialmente), o de su pareja de hecho, así como de su ex cónyuge a cargo cuando, en este último caso, la tutela o el acogimiento se hubiesen producido antes del divorcio o de la nulidad matrimonial²⁸. El último inciso del punto 1 del artículo 3.1 RD 1192/2012 precisa que “los menores sujetos a tutela administrativa se registrarán por lo dispuesto en el artículo 2.2”, es decir, que serán personas aseguradas (no simplemente beneficiarios de asegurados), salvo en las situaciones especiales de urgencia por enfermedad grave o accidente, o embarazo, parto o postparto²⁹.

²³ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V., *El régimen jurídico de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud tras las últimas reformas*, Laborum, Murcia, 2018, pág. 42.

²⁴ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V., *El régimen jurídico de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud tras las últimas reformas*, *cit.*, pág. 42.

²⁵ Esto es, su cobertura quedaba condicionada a que cumpliera los requisitos previstos para estos supuestos extraordinarios: que tuviera ingresos superiores a cien mil euros –en cómputo anual– ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía. Entendemos que fue una medida restrictiva, dentro de la política de contención del gasto vivida durante la crisis económica, que no se ajustaba al perfil familiar actual, en el que desde luego no es infrecuente que convivan con asegurados hijos mayores de veintiséis años que aún no se hubieran podido incorporar al mercado laboral, y que con esta norma quedaban fuera del ámbito familiar a los efectos sanitarios, viéndose relegados a una relación asistencial, sometidos a un límite de rentas, amplio (o no, según el coste de la asistencia sanitaria a recibir), pero límite que los situó en el ámbito de la asistencialidad, ya que ese límite fija «la condición de “pobre” a estos efectos» MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, QUESADA SEGURA, MALDONADO MOLINA, *Manual de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 467. Por lo demás, la STC 139/2016, de 21 de julio, declaró inconstitucional y nula la exigencia del art. 3.3 Ley 16/2003, para atribuir la condición de asegurado, de acreditar que se supera «el límite de ingresos determinado reglamentariamente», en tanto que remite en blanco al reglamento para la fijación de tal límite económico, encontrándonos ante una deslegalización.

²⁶ Se acreditaba presentando un documento acreditativo de la condición de ex cónyuge o de separado judicialmente de la persona asegurada, así como el de su derecho a percibir una pensión compensatoria por parte de esta última (art. 6.3 letra c RD 1192/2012).

²⁷ Excepcionalmente, en caso de niños saharauis, si bien no estaban «acogidos de hecho» (en los términos previstos 176 del Código Civil), se produce una situación asimilada al acogimiento de hecho merecedor de la protección de dicha figura jurídica, al tratarse de un menor, pues es acogido en razón a determinada condición social-política, derivada de la situación conflictiva internacional del Pueblo Saharaui (SSTSJ Islas Baleares, 19 de octubre 1999, AS\1999\4651; 3 de marzo de 2000, AS\2000\2134; y 16 de octubre de 2000, AS\2000\4304).

²⁸ Es necesario el documento acreditativo de la tutela o del acogimiento acordado por la autoridad competente para acreditar la condición de menor tutelado o acogido legalmente por la persona asegurada, por su cónyuge, ex cónyuge a cargo o pareja de hecho (art. 6.3 letra e RD 1192/2012).

²⁹ Casos previstos en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.

- Las hermanas y los hermanos de la persona asegurada³⁰ (entiéndase que menores de 26 años –salvo discapacidad–, que convivan a cargo del asegurado).

2. REQUISITOS

Además de no ser trabajador o pensionista, en todos los casos, se exige como requisito común el tener residencia legal y habitual³¹, salvo en dos circunstancias:

- que la misma no sea exigible en virtud de la norma internacional correspondiente
- que se trate de personas que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español en situación asimilada a la de alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social³².

En el caso de descendientes (y asimilados a ellos), no basta con tener esa relación de parentesco, sino que el artículo 3.2 RD 1992/2012 requiere dos hechos: que el descendiente conviva con el asegurado; y que dependa económicamente de él. No obstante, el propio artículo 3.2 hace una serie de matizaciones a estos dos requisitos exigidos a los descendientes.

Así, en cuanto a la convivencia, se precisa que en los casos de separación por razón de trabajo, estudios o circunstancias similares, se considera que existe convivencia con la persona asegurada.

Respecto de la dependencia económica, en caso de los menores no emancipados, no hay que probar que están a cargo del asegurado, sino que se considera que lo están. En caso de mayores de edad (pero menores de 26 años, salvo discapacidad) o menores emancipados, solo se considera que no dependen económicamente de la persona asegurada si tienen unos ingresos anuales, que superen el doble de la cuantía del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), también en cómputo anual³³.

3. CONTENIDO DE LA COBERTURA A LOS BENEFICIARIOS

Al tratarse de un derecho derivado del asegurado, la extensión y condiciones en los que reciba la asistencia sanitaria y farmacéutica serán iguales a las que se reconozcan al asegurado, de forma que los beneficiarios también serán acreedores de las singularidades y especificidades de los asegurados de los que dependan. Ello tiene especial relevancia cuando el asegurado tiene un estatuto protector diferenciado en el ámbito sanitario, como puede ser en caso de asegurado a una mutualidad administrativa, o un asegurado que tenga la condición de pensionista y por tanto tenga un régimen singular en lo relativo al copago farmacéutico. Veamos ambos supuestos.

III. EL COPAGO FARMACÉUTICO DE LOS BENEFICIARIOS DE LOS TITULARES DEL DERECHO

La disposición adicional única del RDL 7/2018, como hemos visto, recoge el concepto de beneficiario del titular a efectos de la aportación a la prestación farmacéutica.

En este caso, el mantenimiento del concepto de “beneficiario”, en lugar recurrir al de “titular del derecho”, es positivo para los familiares de los pensionistas (titulares por ser pensionistas), que ven irradiados en ellos los beneficios que la normativa prevé para los pensionistas en la financiación de la prestación farmacéutica.

³⁰ Se requiere Libro de familia o documento equivalente para acreditar la condición de hermana o hermano (art. 6.3 letra f RD 1192/2012).

³¹ La normativa de 2012 hablaba de residencia “autorizada y efectiva en España”, y la de 2018 de “legal y habitual en España”.

³² Familiar no residente de extranjero residente en España, pero que está a su cargo (tiene derecho cuando temporalmente se desplace a España) (STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2001).

³³ Basta con una declaración responsable de no tener unos ingresos anuales que superen el doble de la cuantía del IPREM en cómputo anual (art. 6.3 letra g RD 1192/2012).

Así, recuérdese que el artículo 102 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios³⁴, establece diferentes porcentajes de copago en los medicamentos en función de si nos encontramos antes asegurado activo o pensionistas (y sus rentas)³⁵, contemplando una exención total para determinados supuestos³⁶, y extendiendo el mismo régimen a sus beneficiarios, sin entrar en su situación personal.

Una situación paradójica, pero a la inversa, es la que se da con los hijos con discapacidad que aparecen como beneficiarios del trabajador asegurado, y que por su edad no pueden ser titulares de una pensión ni realizar un trabajo. Pese a tener la condición de discapacitados, no se benefician de la gratuidad en la prestación farmacéutica (que sí se predica de las personas con discapacidad que sean titulares del sistema especial de personas con discapacidad). Efectivamente, el artículo 8.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, establece que la acción protectora del sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad que por no desarrollar una actividad laboral, no están incluidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, comprenderá la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica, aclarando en el 8.2 que la asistencia sanitaria y la prestación farmacéutica tendrán la extensión, duración y condiciones que se prevean reglamentariamente³⁷. Ahora bien, respecto de la prestación farmacéutica el artículo 9 sienta una regla que queda al margen del desarrollo reglamentario, y es que los beneficiarios del sistema especial de prestaciones asistenciales y económicas previsto en este capítulo estarán exentos de aportación por el consumo de especialidades farmacéuticas.

Por tanto, las personas con discapacidad que por no desarrollar una actividad laboral, no están incluidos en el Sistema de la Seguridad Social, están exentas del copago farmacéutico. Pero ¿y están dentro de la “cartilla” de la Seguridad Social de sus padres como beneficiarios?. La respuesta es necesariamente negativa, ya que en tales casos sí están incluidos en el Sistema. Como beneficiarios de los asegurados, asumirán el régimen de las personas de las que dependen económicamente. Ello da lugar a que de forma refleja se vean afectados por el trato desigual existente –tras 2012- en las

³⁴ Precepto que corresponde al artículo 94 bis de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en la redacción dada por el RDL 16/2012.

³⁵ Con carácter general, el porcentaje de aportación del usuario seguirá el siguiente esquema:

- a) Un 60 % del PVP para los usuarios y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- b) Un 50 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- c) Un 40 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios y no se encuentren incluidos en los apartados a) o b) anteriores.
- d) Un 10 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios, con excepción de las personas incluidas en el apartado a).
- e) Un 40 % del PVP para las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España a los que se refiere el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo (apartado introducido por el RDL 7/2018, de 27 de julio).

³⁶ Estarán exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios que pertenezcan a una de las siguientes categorías:

- a) Afectados de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica.
- b) Personas perceptoras de rentas de integración social.
- c) Personas perceptoras de pensiones no contributivas.
- d) Parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación.
- e) Personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

³⁷ Este desarrollo reglamentario continúa siendo el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, en cuyo artículo 6 se indica que «Los servicios a los que se refiere la presente sección se prestarán con idéntica extensión que los de asistencia sanitaria y farmacéutica por enfermedad común, accidente no laboral y maternidad del régimen general de la Seguridad Social», añadiendo una importante matiz, y es que «No obstante, en la prestación farmacéutica, la dispensación de medicamentos será gratuita para los beneficiarios».

aportaciones farmacéuticas de personas con discapacidad, gozando o no de la gratuidad en función de que estén incluidos o no dentro del Sistema³⁸.

El TS abordó esta cuestión en 2011³⁹, frente a una demanda interpuesta por una Asociación de Padres de Alumnos de un Centro de Educación Especial (que estimaban discriminatorio el que sus hijos no pudieran beneficiarse de la gratuidad de los medicamentos por aparecer como beneficiarios de trabajadores (si hubieran sido hijos de pensionistas no hubiera habido discriminación, porque en esa fecha era gratuito para todos los pensionistas y familiares) y por ser menores de edad (si hubieran sido mayores muy probablemente serían pensionistas en la modalidad no contributiva). Pues bien, el TS considera que «como quiera que los menores a los que se refiere la sentencia impugnada (...) están incluidos dentro del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, pues unos y otros figuran como beneficiarios de la asistencia sanitaria y farmacéutica de sus progenitores (...) su pretensión debió ser desestimada». Pese a todo, el propio TS asume que es una situación paradójica, señalando que «tal como ponen de relieve los impugnantes, no deja de llamar la atención que los hijos menores de los pensionistas, igual que éstos mismos, tengan derecho a la gratuidad total de los fármacos y, por el contrario, no suceda lo mismo con los hijos menores de los asegurados en activo». El trato desigual se justifica en la distinta posición de los titulares del derecho (los padres, tutores, etc.: unos en activo y otros ya pensionistas), unida a las facultades de las que goza el legislador respecto a la cobertura de las prestaciones sociales.

Hay un evidente trato desigual para las personas con discapacidad según queden incluidas en el Sistema de Seguridad Social (aunque sea como beneficiarios de un asegurado, no como derecho propio) o el Sistema especial de prestaciones para personas con discapacidad. Siguiendo a FERNÁNDEZ ORRICO, debería modificarse este régimen tan contradictorio, permitiéndose que la persona con discapacidad “pudiera optar por no acogerse a la atención sanitaria por vía de la Seguridad Social, como beneficiaria. En suma, se trataría de suprimir el requisito de subsidiariedad obligatoria de la prestación de asistencia sanitaria”⁴⁰.

IV. LOS FAMILIARES DE LOS ASEGURADOS EN EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO

Las prerrogativas y las diferencias existentes entre asegurados, algo patente si comparamos la asistencia sanitaria prestada a los funcionarios cubiertos dentro del mutualismo administrativo, cuyos familiares (siempre que dependan económicamente de ellos) podrán disfrutar de una atención sanitaria con un claro sesgo de exclusividad, reflejo de privilegios del mutualismo administrativo, como son el que pueda prestarse a través de entidades privadas concertadas, o que reciban una cartera de servicios más amplia que en el Régimen General de la Seguridad Social (a través de las prestaciones complementarias).

Por tanto, los familiares de los funcionarios encuadrados dentro del mutualismo administrativo pueden recibir una atención privilegiada por el mero hecho de ser familiares de..., lo cual es reflejo del carácter derivado de su derecho, pero que puede ser cuestionado desde un punta de vista de la justicia social, y que en todo caso son aspectos difícilmente compatibles con los principios de

³⁸ GARCÍA ROMERO, M.B., «El derecho a la prestación farmacéutica para personas con discapacidad y el dispar régimen de participación aplicable», en VV.AA., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, 2016, págs. 751 y ss.

³⁹ STS de 17 de mayo de 2011, RJ\2011\4983.

⁴⁰ FERNÁNDEZ ORRICO, FºJ., «La asistencia sanitaria de las personas con discapacidad», en VV.AA., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, 2016, pág. 746. Considerando que la solución tendría que ser “extender ese beneficio a cualquier persona con discapacidad, estuviera o no en el campo de aplicación de la Seguridad Social y desarrollara o no una actividad profesional”, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., «El acceso al derecho a la asistencia sanitaria sin discriminación por razón de discapacidad», en VV.AA., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, cit., págs. 868 y 869.

equidad y con la coherencia interna del Sistema⁴¹, máxime tras la introducción del concepto de “titular del derecho” por el RDL 7/2018, de 27 de julio. Una justificación del mantenimiento de tal régimen vendría precisamente por ligar cobertura sanitaria a la protección de la familia, para evitar que en una unidad familiar haya disparidad de proveedores de atención sanitaria, acudiendo a un centro sanitario u otro según que el paciente sea el o la empleada pública asegurada, o los familiares dependientes de él.

En todo caso, la vuelta a la universalidad de la cobertura, de la mano del RDL 7/2018, de 27 de julio, no ha tenido incidencia en el ámbito del mutualismo administrativo, en el que se sigue distinguiendo –en consecuencia– las nociones de “asegurado” y “beneficiario del asegurado”. Así, el artículo 3 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, dispone en su número 4 (antiguo número 6), «Lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo no modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico».

La disposición adicional séptima del RD 1192/2012 (precepto que no se ha visto derogado por el RDL 7/2018), con la rúbrica “Regímenes especiales de funcionarios”, reitera que “las personas que ostentan la condición de mutualista o beneficiario de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y la Mutualidad General Judicial, mantienen el régimen de cobertura obligatoria de la prestación sanitaria conforme a la normativa especial reguladora de cada Mutualidad que, asimismo, determina su respectivo colectivo protegido”, precisando a continuación que a estos efectos (asistencia sanitaria), se incluyen los funcionarios que hayan ingresado en cualquier administración pública con posterioridad a 1 de enero de 2011 en cuerpos que formen parte del campo de aplicación del mutualismo⁴². Estos funcionarios mantendrán la condición de mutualistas cuando pasen a la situación de pensionistas.

El régimen de copago de la prestación farmacéutica, como es sabido, es diferente en el régimen del mutualismo administrativo, con un porcentaje menor y constante (sin diferenciar situación de activo y pasivo): siempre el 30 %. Ese porcentaje menor realmente no significa una menor aportación, sino al contrario, y es que el mayor gasto farmacéutico tiene lugar –normalmente– cuando el sujeto está ya jubilado, y en ese momento de su vida se le sigue exigiendo al mutualista una aportación del 30 %, y no del 10 % (o nada incluso) que se le aplica al jubilado del Sistema de Seguridad Social⁴³.

⁴¹ MALDONADO MOLINA, J.A., «Reestructuraciones y Seguridad Social en el sector público», en VV.AA., *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, Granada, 2015, pág. 491.

⁴² El RD-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, en su artículo 20 (precepto corresponde a la actual disposición adicional tercera del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), estableció que todos los funcionarios que ingresen en cualquier Administración Pública española a partir del 1 de enero de 2011 quedarán incluidos en el RGSS, si bien mantendrán, cuando así proceda de acuerdo con su normativa, el Mutualismo Administrativo. Por tanto, la integración sería solo para los nuevos, y solo respecto del Sistema de Clases Pasivas, manteniéndose las mutualidades y su cobertura. El alcance de la integración se limita exclusivamente al derecho a causar pensiones en el RGSS, pero no a efectos de cobertura sanitaria, que seguirá prestándose por la mutualidad correspondiente.

⁴³ No es un tema baladí, sino que precisamente se usó de argumento a la hora de justificar la “racionalización de la demanda farmacéutica” (que se concretaría en el RDL 16/2012). Así, el Programa Nacional de Reformas del Reino de España 2012, da como argumento el hecho de que los pensionistas del mutualismo administrativo, que eran los únicos que en 2012 pagaban medicamentos, consumían un 40 % menos de medicamentos. Literalmente, decía: «Los pensionistas de clases pasivas (funcionarios), que si tienen un copago del 30 % del coste del medicamento, consumen un 40 % menos de recetas» (nota núm. 12, pág. 102) (http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/CDI/ProgramaNacionaldeReformas/PNR_2012.pdf). No podemos dejar de señalar que, a nuestro juicio, el menos gasto en medicamentos de los jubilados de clases pasivas no obedece únicamente a que su aportación económica sea mayor, sino a las condiciones físicas en las que los funcionarios llegan a la tercera edad en comparación con otro tipo de actividades.

Respecto del concepto de beneficiario, las tres normas reguladoras de los llamados regímenes especiales de funcionarios, recogen tanto la figura de beneficiarios de la asistencia sanitaria, remitiéndose los tres al desarrollo reglamentario.

1. FAMILIARES DE LOS MUTUALISTAS DE MUFACE

El artículo 15 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, bajo el título de “beneficiarios de asistencia sanitaria”, dispone que además de los funcionarios en activo y los jubilados, la cobertura de MUFACE se extiende a los beneficiarios de ambos. En su número 2 precisa que para la determinación de la condición de beneficiario a cargo de un mutualista de este Régimen, se estará a lo dispuesto en el Reglamento General del Mutualismo Administrativo que, asimismo, establecerá los supuestos y condiciones en que se dispensará la asistencia sanitaria tanto a los viudos como a los huérfanos de mutualistas activos o jubilados.

Se desarrolla reglamentariamente por el RD 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, que en su artículo 15 especifica qué familiares del mutualista se benefician de la asistencia sanitaria, así como los requisitos que deben cumplir. Con carácter general, es un listado similar al que había en la Ley 16/2003 antes de la reforma de 2012, de modo que no se excluye ni a los descendientes mayores de una determinada edad, ni a los ascendientes. Y cubre a los ex cónyuges, cosa que ya no ocurre con la Ley 16/2003 tras el RDL 7/2018 (por quedar dentro de la noción de titular del derecho).

Los beneficiarios son:

El cónyuge del mutualista, así como la persona que conviva con el mutualista en análoga relación de afectividad a la de cónyuge con los requisitos establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Los descendientes, hijos adoptivos y hermanos. Los descendientes e hijos adoptivos podrán serlo de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, y los hijos también de la persona que conviva con el mutualista en análoga relación de afectividad a la de cónyuge con los requisitos establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social. Excepcionalmente, los acogidos de hecho quedan asimilados, a estos efectos, a los familiares mencionados, previo acuerdo, en cada caso, de la Mutualidad General. Por tanto, al igual que ocurre con la Ley 16/2003, junto a los descendientes se asimilan los hermanos y los acogidos de hecho.

Los ascendientes, cualquiera que sea su condición legal, e incluso adoptivos, tanto del mutualista como de su cónyuge, y los cónyuges por ulteriores nupcias de tales ascendientes.

Cualquiera otra persona relacionada con el mutualista que se determine de acuerdo con lo dispuesto en el Régimen General de la Seguridad Social.

La condición de beneficiarios se condiciona en todos los casos al cumplimiento de los siguientes requisitos:

Vivir con el titular del derecho y a sus expensas. Este requisito se flexibiliza, ya que la propia norma matiza que no se apreciará falta de convivencia en los casos de separación transitoria y ocasional por razones de trabajo, imposibilidad de encontrar vivienda en el nuevo punto de destino y demás circunstancias similares.

No percibir ingresos por rendimientos derivados del trabajo, incluidos los de naturaleza prestacional, y/o del capital mobiliario e inmobiliario, superiores al doble del salario mínimo interprofesional.

No estar protegidos, por título distinto, a través de cualquiera de los Regímenes que integran el sistema español de la Seguridad Social con una extensión y contenidos análogos a los establecidos en el Régimen General.

Por otro lado -al igual que ocurría en el Sistema de Seguridad Social- la condición de beneficiario no solo es derivada, sino subsidiaria, de modo que el reconocimiento o mantenimiento por

MUFACE de la condición de beneficiario a cargo de un mutualista será incompatible con la condición de asegurado o beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria a través del Sistema Nacional de Salud, reconocida por cualquiera de los otros organismos públicos competentes a tal efecto.

La disposición final 10.2 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, modificó el apartado 3 del artículo 15 Real Decreto Legislativo 4/2000, precisando que en ningún caso, MUFACE facilitará a su cargo la prestación de asistencia sanitaria a los familiares o asimilados de los mutualistas cuando aquéllos no tengan reconocida la condición de beneficiarios del mutualismo administrativo, salvo en el caso del recién nacido cuando la madre sea mutualista o beneficiaria y en los supuestos de adopción o acogimiento, durante los primeros quince días desde el momento del parto, desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento o desde la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Con esta reforma (que la LPGE para 2018 ha incorporado al mutualismo judicial), se evitaba que los cónyuges no mutualistas (por pertenecer al Régimen General de la Seguridad Social) se acogieran al seguimiento del embarazo y al parto en MUFACE, cosa que sí podían hacer hasta esa reforma.

2. FAMILIARES DE LOS MUTUALISTAS DE MUGEJU

El artículo 15 del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen Especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, y lo hace en los mismos términos que acabamos de exponer para MUFACE, gracias a la redacción dada por la Ley de PGE para 2018⁴⁴, que además de fijar incompatibilidad con la condición de asegurado o beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria a través del Sistema Nacional de Salud, reconocida por cualquiera de los otros organismos públicos competentes a tal efecto, también imposibilita que MUGEJU facilite a su cargo la prestación de asistencia sanitaria a los familiares o asimilados de los mutualistas cuando aquéllos no tengan reconocida la condición de beneficiarios del mutualismo judicial, salvo en el caso del recién nacido cuando la madre sea mutualista o beneficiaria y en los supuestos de adopción o acogimiento, durante los primeros quince días desde el momento del parto, desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento o desde la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

3. FAMILIARES DE LOS MUTUALISTAS DEL ISFAS

El artículo 12 del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, se limita a reconocer el derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados dentro de este régimen especial, “así como a los familiares que sean beneficiarios a su cargo”.

Para la determinación de la condición de beneficiario en este régimen especial, se remite al desarrollo reglamentario, que está constituido por el RD 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Así, en su artículo 52 (titulado beneficiarios de asistencia sanitaria), enumera qué familiares o asimilados a cargo de los asegurados tienen derecho a las prestaciones sanitarias del ISFAS, recogiendo un listado similar al que hemos visto con MUFACE (por tanto, más amplio que el del Régimen General), aunque con algunas singularidades. Los beneficiarios son:

El cónyuge o la persona que, sin reunir esta condición, conviva maritalmente con el titular del derecho, siempre que, en este último caso, se acredite la convivencia ininterrumpida de los interesados durante, al menos, un año de antelación a la fecha de presentación de la solicitud de incorporación a este Régimen especial. Esta última exigencia es una de las singularidades a las que nos referimos.

⁴⁴ Apartados 2 y 3 de la disposición final once de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

Los descendientes por naturaleza o adopción y los hermanos. En el caso de los descendientes, podrán serlo de ambos cónyuges, o convivientes, o de cualquiera de ellos.

Quienes se hallen en situación de acogimiento legal, en los mismos términos establecidos en el párrafo anterior.

Los ascendientes, tanto del asegurado como de su cónyuge o conviviente y los cónyuges o convivientes de tales ascendientes por ulteriores nupcias.

Al igual que hemos visto con MUFACE, se condiciona a unos requisitos, pero que difieren en algún caso, como es fijar un tope de ingresos derivados del trabajo, admitiendo por tanto que no hay dependencia económica por el mero hecho de que se realice un trabajo por cuenta ajena, lo que daría lugar a la pérdida del aseguramiento sanitario privilegiado. Es una regla excesivamente generosa, a nuestro juicio, porque la condición de asegurado en otro Régimen debe ser incompatible con la de asegurado, como sucede en MUFACE (desde 2013) y MUGEJU (desde 2018).

Los requisitos son:

Convivir con el titular y a sus expensas. El Real Decreto 1726/2007 precisa que no se apreciará falta de convivencia en los casos de separación temporal motivada por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico u otras causas similares. No obstante lo anterior, conservarán su condición de beneficiarios, el cónyuge o quien lo hubiera sido del titular en caso de separación, divorcio o nulidad, así como los hijos que con él convivan, siempre que concurran en ellos las condiciones previstas en los dos puntos siguientes.

No percibir ingresos por rendimientos derivados del trabajo, incluidos los de naturaleza prestacional, y/o del capital mobiliario e inmobiliario superiores al doble del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM).

No tener derecho, por título distinto, a recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social en cualquiera de sus regímenes.

El artículo 12.3 también se remite al desarrollo reglamentario para la determinación de los supuestos y condiciones en que se dispensará la asistencia sanitaria tanto a los viudos como a los huérfanos de asegurados activos y retirados o jubilados. El artículo artículo 53 Real Decreto 1726/2007 contempla estos supuestos.

V. LA PROTECCIÓN DE LOS FAMILIARES EN CASO DE ASISTENCIA COMUNITARIA O POR CONVENIOS BILATERALES

El artículo 3 Ley 16/2003, en la redacción dada por el RDL 7/2018, de 27 de julio, tras reconocer la condición de titulares del derecho a la protección de la salud a «todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español», se ocupa de las personas con derecho a la asistencia sanitaria en España en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que comprendan la prestación de asistencia sanitaria, señalando que «sin perjuicio de lo anterior» (regla con la que se preserva la condición de titular del derecho, ya que de lo contrario quedarían en peor posición los comunitarios respecto de cualquier extracomunitario), «tendrán acceso a la misma, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas».

Por tanto, en su caso no se exige la residencia, sino que también se extiende a los casos de desplazamiento temporal a España. En el mismo sentido, la disposición adicional segunda RD 1192/2012 (vigente tras el RDL 7/2018), bajo el título “Asistencia sanitaria en aplicación de reglamentos comunitarios y convenios internacionales”, señala que «Las personas con derecho a asistencia sanitaria en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que comprendan la prestación de asistencia sanitaria, tendrán acceso a la misma, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos

temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas»

El número 2 de la disposición adicional segunda RD 1192/2012 advierte que en ningún caso tendrán la consideración de extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España a los efectos previstos en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que se encuentren en la situación de estancia inferior a tres meses⁴⁵ regulada en el artículo 6 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Por tanto, en el ámbito de la Unión habrá que estar al Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

En su artículo 1, letra i), recoge la definición de “miembro de la familia”, recogiendo una noción general⁴⁶, y una específica para las prestaciones en especie de enfermedad, que son las que nos interesan. Así, será familiar a estos efectos «toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación del Estado miembro en el que reside». A continuación enumera quiénes se consideran miembros de la familia pero solo si la legislación del Estado miembro aplicable no distingue entre miembros de la familia y otras personas a las que sea aplicable dicha legislación⁴⁷, cosa que no ocurre en nuestro país, ya que la disposición adicional única del RDL 7/2018, de 27 de julio (titulada “Conceptos de asegurado y beneficiario a efectos de lo previsto en la normativa internacional y la aportación a la prestación farmacéutica”), señala que a los efectos de lo establecido en las normas internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad tendrán la condición de beneficiarios de los titulares del derecho el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65 por ciento.

En el Reglamento 883/2004, la asistencia sanitaria se enmarca dentro de las prestaciones por enfermedad en especie, que comprenden la asistencia médica y dental, medicinas y hospitalización, así como también los pagos directos para reembolsar los costes de aquellas (básicamente referido al reintegro de gastos médicos abonados por los otros Estados⁴⁸). Estas prestaciones en especie serán facilitadas por la institución del lugar de residencia, pero a cuenta de la institución competente (del lugar donde esté asegurado), según las disposiciones de la legislación que ésta aplique y como si estuviera asegurado a la misma (art. 17 Reglamento 883/2004). Es decir, se exporta el derecho, pero no el modelo socio-sanitario, de forma que los servicios los recibirá en igualdad de condiciones que

⁴⁵ Téngase en cuenta que la Directiva 2004/38/CE reconoce el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a residir en otro Estado miembro por un periodo de hasta tres meses sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos (art. 6.1). Ahora bien, a la par que se reconoce ese derecho de residir libremente hasta durante tres meses, también se exonera a los Estados de prestarles cobertura de “prestaciones de asistencia social” durante ese periodo de tiempo (artículo 24.2 Directiva 2004/38/CE). El fundamento, tal y como se recoge en el Considerando 10 de la Directiva 2004/38, es que “Conviene [...] evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante un primer periodo de estancia. Por ello, debe supeditarse a determinadas condiciones el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia por periodos superiores a tres meses”. Cfr. MALDONADO MOLINA, J.A., «Libertad de circulación y protección social», en GORELLI HERNÁNDEZ (Coord.), *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Monografías Temáticas Laborales 59, Sevilla, 2016, págs. 171 y 172.

⁴⁶ Sería «toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones».

⁴⁷ En esos Estados (que –insistimos– no es España) se considerarán miembros de la familia el cónyuge, los hijos menores de edad y los hijos mayores de edad a cargo.

⁴⁸ Cfr. CARRASCOSA BERMEJO, D. Y TRILLO GARCÍA, A., «Cobertura sanitaria y reembolso en el marco de los Reglamentos de coordinación», en CARRASCOSA BERMEJO (Dir.), *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, Francis Lefevre, Madrid, 2014.

los demás residentes. Y esos servicios serán reembolsados por la institución del país donde estuviera asegurado⁴⁹. Lógicamente, las prestaciones en servicios no son exportables⁵⁰.

Las reglas de coordinación de estas prestaciones son diferentes según la situación laboral en que se encuentre el beneficiario: personas aseguradas y sus familiares (sección primera); solicitante de pensión (artículo 22); titulares de pensiones y sus familias (sección segunda). En todos los casos se trata de sujetos que residen (o se encuentran con una estancia temporal) en un Estado miembro distinto del competente, es decir, del que están asegurados.

VI. FAMILIARES EXTRACOMUNITARIOS

Mucho se ha escrito sobre la cobertura de los familiares extracomunitarios de asegurados al Sistema de Seguridad Social español, y también han sido numerosos los pronunciamientos judiciales sobre titulares de tarjeta de residencia por su condición de familiar de ciudadano de la Unión Europea⁵¹, familiares extracomunitarios con derecho a reagrupamiento con ciudadano comunitario⁵², familiares de extranjeros residentes legalmente en España⁵³, o persona que reclama el derecho como título propio y no como beneficiaria de un asegurado, en base a un permiso de residencia por reagrupamiento⁵⁴.

Ahora bien, tras el RDL 7/2018, de 27 de julio, tanto los extranjeros que se encuentren residiendo legalmente en España (art. 3.1 Ley 16/2003), como los que no estén registrados ni autorizados como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, siempre que dichas personas cumplan todos los siguientes requisitos:

No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable.

No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia.

No existir un tercero obligado al pago.

Por tanto, en lo relativo a la cobertura sanitaria en España de familiares de extranjeros asegurados en España, carece de sentido entrar en su análisis porque es el concepto de asegurado el que precisamente se ha suprimido (salvo a efectos de aportación de prestación farmacéutica⁵⁵ y coordinación de normas internacionales, como se ha expuesto).

⁴⁹ Como precisa GARCÍA DE CORTÁZAR, “no se puede trasladar de un Estado a otro una infraestructura sanitaria”, por lo que la solución “debe ser utilizar los medios existentes en el Estado de residencia y de estancia” (GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA, C., «La asistencia sanitaria y los Reglamentos 1408/71 y 574/72. La coordinación comunitaria de las prestaciones en especie y en metálico de enfermedad y maternidad», en Instituto Europeo de Relaciones Industriales, *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, Comares, Granada, 1999, pág. 109).

⁵⁰ BARRIOS BAUDOR, G.L., DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., «Aproximación a la coordinación comunitaria en materia de prestaciones en especie por enfermedad y maternidad (asistencia sanitaria) y prestaciones familiares», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 319, 2011, pág. 52; RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V., *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación*, cit., pág. 210.

⁵¹ STSJ de Aragón de 9 de abril de 2014; STSJ Islas Canarias de 5 de mayo de 2017; STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2017; STSJ de Madrid de 5 de junio de 2017.

⁵² STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de abril de 2014; STSJ de Cataluña 17 de noviembre de 2014; STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2016.

⁵³ *V.gr.*, esposa de estudiante extranjero que reside legalmente en España (STSJ de Castilla y León –Valladolid-, de 14 de febrero de 2013).

⁵⁴ STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 12 de febrero de 2018.

⁵⁵ En caso de extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, les correspondería una aportación del 40 por ciento del PVP (nuevo párrafo e) al apartado 5 del artículo 102 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, introducido por el RDL 7/2018, de 27 de julio).

VII. FAMILIARES DE EMIGRANTES RETORNADOS Y ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTERIOR DESPLAZADOS TEMPORALMENTE A ESPAÑA

La Disposición adicional primera RD 1192/2012 regula la Asistencia sanitaria para españoles de origen retornados y residentes en el exterior desplazados temporalmente a España y para los familiares de los anteriores que se establezcan con ellos o les acompañen. Así, dispone que su asistencia sanitaria se regirá por lo dispuesto en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, y en el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, cuando, de acuerdo con las disposiciones de Seguridad Social española, las del Estado de procedencia o las normas o Convenios internacionales de Seguridad Social establecidos al efecto, no tuvieran prevista esta cobertura.

VIII. CONCLUSIONES

El RDL 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, ha retomado la noción de titular del derecho a la protección de la salud, suprimiendo las figuras de “asegurado” y “beneficiario del asegurado”. Esta distinción era la que daba protagonismo al vínculo familiar, con implicaciones tanto en orden a las circunstancias requeridas para de modo efectivo ser beneficiario de la asistencia, como las condiciones y extensión de la misma. Con la universalidad de la cobertura, la incidencia del vínculo familiar queda más en un segundo plano, pero no por ello para ser irrelevante.

Así, quedan tres esferas en la que se mantiene la diferenciación entre asegurado y beneficiario. El primer es más de carácter técnico, y es en orden a la coordinación de las normas internacionales en la materia, que requiere identificar a los familiares del asegurado. Pero las otras dos sí reflejan cómo el vínculo familiar puede condicionar el régimen sanitario que se reciba, y el coste de los productos farmacéuticos. Es el caso de los regímenes especiales del mutualismo administrativo, y la aportación a realizar en la adquisición de las especialidades farmacéuticas.

El mantenimiento de un régimen sanitario singular para los funcionarios incluidos en el mutualismo administrativo supone una quiebra en la igualdad de la sanidad pública en nuestro país. El que determinados empleados públicos, en atención a esa circunstancia, tengan la opción de recibir la atención a través de entes privados, es una paradoja difícil de justificar, salvo por prebendas históricas. No solo se trata los medios a los que pueda recurrir, sino el contenido de la asistencia sanitaria en sí, que a través de las prestaciones complementarias se materializa en una cartera de servicios más amplia, lo que es un elemento de privilegio frente al Régimen General (ortodoncia, óptica, salud bucodental -una limpieza dental anual gratuita-, tratamientos preventivos. Pues bien, este régimen desigual se traslada a los familiares, de modo que tener un vínculo familiar con un empleado público (sin tener derecho a asistencia propia, obviamente), te sitúa en una posición distinta del resto de tus iguales (del resto de los hijos menores de edad, hijos mayores sin actividad, o del resto de cónyuges que no realicen actividad). La única explicación del mantenimiento de tal régimen vendría precisamente por ligar cobertura sanitaria a la protección de la familia, para evitar que en una unidad familiar haya disparidad de proveedores de atención sanitaria, acudiendo a un centro sanitario u otro según que el paciente sea el o la empleada pública asegurada, o los familiares dependientes de él.

La otra esfera en la que se mantiene la incidencia del vínculo familiar es el de la prestación farmacéutica. Respecto de la aportación a realizar por el paciente, lo que prima no es la situación económica o de discapacidad del paciente, sino la del “asegurado”, concepto que se mantiene a estos efectos. Por tanto, el porcentaje aplicable será distinto según la posición del asegurado, no del paciente. La lógica es que los familiares son dependientes económicamente, por lo que se presume que viven en una situación reflejo del asegurado del que dependen. Por tanto, si es trabajador o pensionista el asegurado, sus familiares deben realizar el copago correspondiente a esa situación. Sin

embargo, esa lógica resulta contradictoria con situaciones singulares, como puede ser la de los hijos discapacitados a cargo de un trabajador, ya que a ellos no se les aplica el sistema especial previsto para las personas con discapacidad no aseguradas, en cuyo caso la adquisición de los medicamentos sería gratuita. Debería atenderse a esta situación, equiparando el estatuto de las personas con discapacidad.

CAPÍTULO IV. MATERNIDAD Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA

*Letrada de la Administración de la Seguridad Social
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

I. INTRODUCCIÓN

Hay dos premisas fundamentales de las que hay que partir para entender esta temática:

1) Las reglas especiales sobre prevención de riesgos laborales que se exponen en el presente trabajo obedecen a la división del trabajo entre sexos basadas en la condición biológica de la mujer, en cuanto único ser vivo y humano que está en condiciones de procrear por lo menos, hasta el momento, hasta que la ciencia se halle en condiciones de cambiar uno de los aspectos fundamentales y esenciales de la Naturaleza.

2) Este estudio, asimismo, se basa en una argumentación esencial, a saber: estas normas particulares protegen la maternidad en un sentido omnicomprendivo, lo que abarca el embarazo, el parto y el puerperio e, incluye, la lactancia natural.

En cuanto a la primera de ellas, comencemos por la doctrina más cualificada, que sienta la idea fundamental sobre la que va a descansar el presente trabajo: “La especialidad en la regulación del trabajo de las mujeres fue mucho más marcada en el pasado que en la actualidad. Cuando, en las primeras etapas de la Revolución Industrial, las jornadas de trabajo eran agotadoras y los ámbitos insalubres la reacción humanitaria, que tanta importancia tuvo en los orígenes del Derecho del Trabajo, se fijó especialmente en el trabajo femenino. En tal sentido, muchas de las primeras normas de intervención estatal sobre las condiciones de trabajo se refirieron al trabajo de las mujeres, quizá conjuntamente con el de los menores...Hoy, en gran parte, aquellas condiciones están superadas, siendo notoria la tendencia a igualar el régimen del trabajo masculino y el femenino. Sin embargo, la necesidad de reglas especiales puede tenerse por perenne cuando deriven del embarazo, posible o actual, parto y crianza de los hijos, raíz última de la división del trabajo entre los sexos. Las demás pueden encubrir formas conscientes y arraigadas tanto de discriminación contra el trabajo femenino como limitaciones que, o no debieran existir para la mujer, o debieran ser comunes para ésta y para el varón” ALONSO OLEA¹).

Y ello porque, una vez se haya producido la fertilización, hay sustancias que puede pasar a través de la madre al embrión o feto en desarrollo, dañando órganos, provocando abortos o impidiendo el desarrollo normal del feto (sustancias teratógenas que pasan de la madre al feto a través de la sangre o la placenta); que provocan defectos en el nacimiento; que pueden afectar al desarrollo físico y mental del hijo. Incluso, en algunos casos, el trabajo repetitivo, la inexistencia de pausas y las exigencias constantes impuestas a las trabajadoras embarazadas, pueden guardar una relación directa con los nacimientos prematuros ².

En su virtud, las reglas especiales que se exponen en este estudio obedecen a esta división del trabajo entre sexos, por la condición de la mujer, única capaz de concebir, y protegen,

¹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, vigésimo tercera edición, Civitas Thomson (2005), pp.143-144. Sobre el tema, *vid* SUÁREZ GONZALEZ, F., *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos (1967).

² Documento de la OIT, *La salud y seguridad en el trabajo. Los riesgos para la función reproductora del hombre y de la mujer en el lugar de trabajo*.

exclusivamente, a la mujer trabajadora durante el embarazo, el parto y puerperio así como al hijo, bien en su condición de feto bien de ser nacido durante el tiempo (estimado) de lactancia, voluntaria y natural, que requiera. Estas reglas, asimismo, han de ser observadas cuando, ni siquiera, esté la mujer embarazada pero sus condiciones de trabajo pueden afectar a su aparato reproductor cuestión ésta que afecta por igual a hombres; en palabras de la OIT, “la exposición a determinadas sustancias o combinaciones de sustancias puede provocar cambios en el instinto sexual de hombres o mujeres, dañar los óvulos o espermias, modificar el material genético, o provocar cáncer u otras enfermedades en los órganos reproductores de hombres y mujeres”³.

Es, precisamente, por esta condición por lo que la normativa, internacional e interna, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo encuadra a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia entre los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles las cuales deberán estar protegidas contra los peligros que les afecten de manera específica.

Ha de quedar claro pues que, en principio (solo en principio), la especialidad de estas normas no tiene por causa la discriminación por razón de sexo ni la garantía del principio de igualdad entre hombres y mujeres sino que su fundamento es la protección de la maternidad.

Ahora bien, no se puede ignorar que muchas de las discriminaciones que soporta la mujer son, precisamente, por la potencialidad de su hipotética, presunta y/o futurible maternidad. La preocupación por esta interrelación se manifiesta muy especialmente en el ámbito internacional, en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en la Unión Europea y, son precisamente los tratados de la OIT ratificados por España así como la aplicación y trasposición de la normativa de la Unión Europea, la que ha conducido y guiado, en muchos casos, la regulación interna del derecho español.

Se muestra como ejemplo las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia contenidas en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (en adelante, Directiva 92/85/CEE) que tienen por finalidad, no solo perseguir la protección, en cualquiera de estas situaciones, sino también, como señala uno de sus Considerandos, que esta protección “no debe(a) desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe(a) atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres”, es decir, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (en adelante, Directiva 2006/54/CE).

Y no solo el legislador comunitario se muestra sensible a esta interrelación sino que, su Tribunal, basa su jurisprudencia en esta línea argumental declarando al respecto que “el objetivo perseguido por las reglas del Derecho de la Unión que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz (Directiva 92/85/CEE), consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz” [SST]JUE de 8 de septiembre de 2005, McKenna (C-191/03)⁴ y 11 de noviembre de 2010, Danosa (C-232/09)⁵].

³ *La salud y seguridad en el trabajo. Los riesgos para la función reproductora del hombre y de la mujer en el lugar de trabajo.* De una lectura del mismo se desprende que hay agentes químicos, físicos, biológicos, cánceres profesionales relacionados en la Recomendación OIT núm. 194 sobre la lista de enfermedades profesionales (2002) y en la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista de enfermedades profesionales que afectan al aparato reproductor de ambos. *Vid.* NTP del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo núm. 441: *Tóxicos para la reproducción masculina* y el documento elaborado por la Asociación Española de Especialistas en Medicina de Trabajo, *Salud laboral y género. Riesgos laborales. Especial referencia a la fertilidad* (2008).

⁴ Apartado 42.

⁵ Apartado 68.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) declara que, “al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere ‘al embarazo y a la maternidad’, el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 (actual artículo 28 de la Directiva 2006/54/CE) reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra” [SSTJUE de 12 de julio de 1984, Hofmann (C-184/83) ⁶; de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93) ⁷; de 30 de junio de 1998, Brown (C-394/96) ⁸; de 1 de febrero de 2005, Comisión/Austria (C-203/03) ⁹; 30 de septiembre de 2010, Roca-Álvarez (C-104/09) ¹⁰; y de 19 de octubre, Otero Ramos (C-531/15) ¹¹].

Esta jurisprudencia del TJUE nos lleva a la segunda premisa de la que hay que partir: que el objetivo de las Directivas (la Directiva 92/85/CEE y la Directiva 2006/54/CE), es proteger la maternidad en un sentido omnicomprendivo, lo que abarca el embarazo, el parto y el puerperio, e incluye, la lactancia natural. En palabras del TJUE, “el permiso de maternidad tiene por objeto proteger a la trabajadora embarazada, a la trabajadora que ha dado a luz y a la trabajadora en período de lactancia”, declarando, en su virtud, que “la condición de mujer en período de lactancia está estrechamente ligada a la maternidad” por lo que “las trabajadoras en período de lactancia deben tener la misma protección que las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz”, en consonancia, por cierto, con los tratados internacionales, en especial, los de la OIT, como se expone en la continuación.

Dichas las premisas, se efectúan una aclaración y una reflexión.

Respecto a la aclaración, hay que tener presente que este estudio es sobre la maternidad y la prevención de riesgos laborales como reza su título. Por ello, no aborda las medidas adoptadas por el Estatuto de los Trabajadores para paliar la quebra de los principios de igualdad y no discriminación por razón de embarazo, esto es, cuando la mujer trabajadora con ocasión o por consecuencia de su embarazo, es despedida (artículo 55.5 ET¹²) o son vulnerados sus derechos fundamentales (artículo

⁶ Apartado 25.

⁷ Apartado 20.

⁸ Apartado 17.

⁹ Apartado 43.

¹⁰ Apartado 27.

¹¹ Apartado 61.

¹² Cuestión ésta sobre la que ha tenido que pronunciar el TJUE en varias ocasiones, declarando al respecto que: Precisamente “en consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador de la Unión ha previsto, en el artículo 10 de la Directiva 92/85, una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido” [SSTJUE de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93) apartado 21; de 11 de noviembre de 2010, Danosa (C-232/09), apartados 60 y 61) y de 22 de febrero de 2018, Porras Guisado (C-103/2016), apartado 46]. El mencionado precepto de la Directiva “excluye tanto la adopción de una decisión de despido como los actos preparatorios del despido, como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada de que se trate, debido al embarazo o al nacimiento de un hijo” [STJUE de 11 de octubre de 2007, Paquay (C-460/06), apartado 33].

Por lo tanto, “en caso de que la decisión de despido se haya tomado por razones esencialmente relacionadas con el embarazo de la interesada, tal decisión es incompatible con la prohibición de despido establecida en el artículo 10 de dicha Directiva” [STJUE de 11 de noviembre de 2010, Danosa (C-232/09), apartado 62]. En cambio, “una decisión de despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad por razones no relacionadas con el embarazo de la trabajadora no será contrario al citado artículo 10, a condición, no obstante, de que el empresario comunique por escrito motivos justificados de despido y de que el despido de la interesada esté admitido por la legislación o práctica nacional en cuestión, conforme a lo dispuesto en el artículo 10, puntos 1 y 2, de la Directiva 92/85” [STJUE de 11 de noviembre de 2010, Danosa, C-232/09, apartado 63]; criterio ésta asimismo aplicable al despido colectivo, por lo que el “empresario debe exponer por escrito a la trabajadora embarazada que pretende despedir o que ya ha despedido los motivos, no inherentes a la persona de la trabajadora, por los que efectúa un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59. Estos motivos pueden ser, entre otros, económicos,
(...)

4.2.c ET). Tampoco se entre en el análisis de las medidas promovidas para proteger y garantizar su estado y el cuidado de su hijo, es decir: suspensiones del contrato de trabajo por maternidad [artículos 45.1.d) y 48.4 ET] y por paternidad [artículos 45.1.d) y 48.4 ET]; excedencia por cuidado de hijo (artículo 46.3 ET); permisos por lactancia (artículo 37.4 ET), por nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (artículo 37.5 ET), por razones de guarda legal cuando tenga a su cuidado directo algún menor de doce años (artículo 37.5 ET). Tampoco se entra en el análisis del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave del Derecho de la Seguridad Social.

En cuanto a la reflexión, y tal como se ha argumentado en estudios previos, se parte de una idea muy clara, a saber, que la maternidad no puede ser vista como una opción personal de la mujer y/o de la pareja, sino que ha de ser contemplada desde un punto de vista de la responsabilidad compartida de la sociedad, de lo que se tiene que hacer eco los Gobiernos de los distintos Estados así como los interlocutores sociales. En este sentido, es muy gratificante que ya tratados internacionales se estén haciendo eco de esta realidad. Tal y como expone el Preámbulo del Convenio núm. 183 sobre la protección de la maternidad (2000) de la OIT, se ha de tener en cuenta “la situación de las mujeres trabajadoras y la necesidad de brindar protección al embarazo, como responsabilidad compartida de gobierno y sociedad”.

Entrando en materia, el estudio de la maternidad y prevención de riesgos laborales, se inicia con el análisis de su regulación en el ámbito internacional, comenzando con el supranacional, los convenios de la OIT, para continuar en el regional, el Derecho de la Unión Europea. Son pocas las materias como es ésta, la maternidad y su protección desde la perspectiva de la seguridad y salud laborales, en las que la mayoría, por no decir toda, la regulación del derecho interno español deriva del cumplimiento de estos convenios así como de la trasposición de la normativa de la Unión Europea, de aquí su importancia y el porqué de su división: (II) los convenios de la OIT sobre maternidad seguridad y salud laborales; (III) las directivas de la Unión Europea sobre maternidad y seguridad y salud laborales para, finalmente, centrarnos en (IV) la regulación del derecho interno español, tanto desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, en el que se incluye la normativa sobre prevención de riesgos laborales, como del Derecho de la Seguridad Social, analizando las prestaciones derivadas del riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

II. LOS CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE MATERNIDAD Y SEGURIDAD/SALUD EN EL TRABAJO

La OIT ha tenido una connotación muy importante en la protección de la seguridad y salud de la maternidad. Así, desde sus orígenes, sus primeros convenios van dirigidos a su protección, de la mujer, en general, de la mujer embarazada, en particular: Convenio núm. 3 sobre la protección de la maternidad (1919). Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno [(mujeres), (1934)] -derogado por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 106.a reunión (2017)-. Convenio núm. 45 sobre el trabajo subterráneo, mujeres (1935). Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad (1952). Convenio OIT núm. 183 sobre la protección de la maternidad (2000).

Ello no obstante, y sin perder de perspectiva nuestro estudio dirigido específicamente a la protección de la seguridad y salud de la maternidad, nos encontramos también con otros Convenios de la OIT que contienen articulado destinado a esta protección, bien por la sustancia bien por las condiciones de trabajo. De aquí la división de su estudio: (1) el Convenio núm. 103 sobre la

técnicos, organizativos o de producción de la empresa” [SST]U de 22 de febrero de 2018, Porras Guisado (C-103/2016), apartado 53].

Ahora bien, también ha afirmado respecto a los despidos colectivos que el artículo 10.1 de la Directiva 92/85, “no obliga a los Estados miembros a establecer una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad al despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia” si bien al contener la citada Directiva disposiciones mínimas, “no excluye en modo alguno la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia” [SST]U de 22 de febrero de 2018, Porras Guisado (C-103/2016), apartados 72 y 73].

protección de la maternidad (1952); (2) el Convenio núm. 183 sobre la protección de la maternidad (2000) y la Recomendación núm.191 sobre la protección de la maternidad (2000); y (3) otros Convenios que refieren a maternidad y prevención de riesgos laborales como lo son el Convenio núm.13 sobre la cerusa, el Convenio núm. 136 sobre el benceno (1971) y el Convenio núm.171 sobre el trabajo nocturno (1990).

Antes de entrar a analizarlos, se desea poner de manifiesto la, digamos, regresión que se está produciendo del internacionalismo en el Derecho interno español, especialmente, de los convenios de la OIT, pese haber sido ratificados por España y la importancia que han tenido en la consecución de los derechos, incluidos los fundamentales, de los trabajadores. Ciertamente, frente a que en “sus albores el derecho social fue su tendencia hacia la internacionalidad, como se demuestra por el hecho de la temprana instauración de la OIT (1919) y su antecedente la Asociación Internacional de Legislación del Trabajo (1901)”, sin embargo, “esa ánima internacionalista del Derecho del Trabajo quedó posteriormente congelada. Es más, al menos en España...las normas internacionales de trabajo –y, especialmente, las de la OIT- aparecen como una especie de referentes áulicos, con escasa y muy poco relevante aplicación práctica, de tal forma que más que aplicarse directamente, los convenios devienen algo así como meros principios inspiradores, sin traslación efectiva y concreta, cuando no son expresamente incumplidos”¹³.

1. EL CONVENIO NÚM. 103 SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

Su cita explícita es porque el Convenio núm.183, adoptado por la Conferencia General de la OIT el 15 de junio del 2000, no ha sido ratificado por España. Por ello, es de aplicación el Convenio núm.103.

Como señala la doctrina, así como el Convenio núm. 3 tuvo como objetivo “la protección fisiológica básica” de la maternidad, ésta con el tiempo, “se había quedado desfasada por insuficiente”, de aquí que la OIT adoptara el Convenio núm.103 el cual reflejó del “incremento de la participación femenina en el mercado de trabajo y la constatación de los perjuicios sanitarios y sociales que podía ocasionar el trabajo a la mujer embarazada o en situación de parto reciente”, lo que aconsejaba “la extensión de las garantías a todos los niveles (médicos y jurídicos)”. El Convenio núm. 103 “reflejó esta filosofía e incrementó las garantías, estableciendo las bases de la protección de la maternidad que han actuado como estándar generalizado de un gran número de ordenamientos”¹⁴.

Ello no obstante, alusión explícita a la prevención de riesgos laborales, a la protección de la salud, durante el embarazo y/o la lactancia, no aparece en su articulado. De aquí que tengamos que analizar el Convenio núm. 183 aun no habiendo sido ratificado por España.

2. EL CONVENIO NÚM. 183 SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA RECOMENDACIÓN NÚM. 191 SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

Si el Convenio núm. 103 fue todo un hito, misma valoración nos merece al Convenio núm. 183, el cual mantiene los principios fundamentales de la protección a la maternidad pero introduce novedades de suma importancia, entre ellas, a destacar, que amplía su campo de aplicación a todas las mujeres empleadas; protege no sólo a las enfermedades que sean consecuencia del embarazo o parto sino también a las complicaciones que pueden derivarse de éstos; prevé un período de protección al empleo más largo; y que todo país miembro deba adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo.

Ahora bien, por el tema que estamos tratando la protección de la seguridad y salud de las mujeres embarazadas y lactantes, lo importante a resaltar es que contiene un precepto específico

¹³ FALGUERA BARÓ, MA: *La normativa de la OIT y su traslación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social de Tribunal Supremo*, Lex Social, Volumen 6, núm.1 (2016), pp. 34 y 35.

¹⁴ BALLESTER PASTOR, M^a A., *Protección de la maternidad y protección de la mujer en la OIT: avances y contradicciones*, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Colección Derecho Social Internacional y Comunitario, núm. 117 (2015), p.85.

destinado a esta cuestión, a diferencia del Convenio núm.103 que no alude a ella, seguramente, porque éste es de 1952 y el Convenio núm.183 del 2000.

A su vez, y en relación a lo expuesto en la introducción, la novedad más importantes del Convenio núm.183 es que aborda la seguridad y salud de estas trabajadoras desde una doble perspectiva: 1) la protección de la seguridad y salud omnicomprensiva de la maternidad, lo que abarca todo lo que rodea al embarazo y la lactancia del menor siendo, se considera, indispensable la evaluación del riesgo de una manera concreta y específica, no general; 2) la promoción de la igualdad y no discriminación de las mujeres junto, y a la vez, la garantía de la salud y la seguridad de la madre trabajadora y el feto/hijo.

Efectivamente, una de las novedades más importantes del Convenio núm. 183, es la introducción de la protección de la salud en un sentido concepto omnicomprensivo de la maternidad, que incluye la lactancia, imponiendo a “todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo” (artículo 3 Convenio núm.183).

A nuestro modesto entender, ya no es solo la empresa, sus servicios de prevención, sus delegados de seguridad y salud, los que tienen la obligación de evaluar el riesgo sobre la salud laboral de la trabajadora madre y su hijo, sino que la obligación en materia preventiva es también del Estado al que se le pide que adopte las medidas, ya no meramente legislativas, sino también de acción positiva para velar por el cumplimiento estricto de las medidas que se tienen que adoptar para preservar la seguridad y salud de la madre y el hijo, para una correcta y concreta evaluación del riesgo, en los términos (por cierto) que no está exigiendo el TJUE, como se verá. Requiere una actitud activa, no pasiva, del Estado, en su virtud, se considera que no basta (o no solo) con que legisle unas listas estableciendo qué trabajos no pueden desempeñar (por cierto, elaborada por nuestro país para trasponer una directiva de la Unión Europea); no basta con la actuación (exclusiva) de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, sino que tiene que adoptar “las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo”. ¿Qué medidas?, de concienciación y formación. ¿Qué autoridad competente?, tanto la administrativa como judicial.

Y esta obligación debe también recaer sobre los interlocutores sociales a los que no solo se les debería “consultar” sino también compeler a que sean sujetos activos, partícipes, en esta protección, promoviéndose el diálogo social, un diálogo efectivo en sus órganos de representación (comités de empresa y delegados de personal) para que establezcan qué puestos de trabajo, en su concreta empresa, puede desempeñar la mujer trabajadora embarazada o lactante, cuyo puesto de trabajo originario haya sido declarado incompatible con su estado. En suma, que se proceda a una correcta evaluación de los riesgos y de las medidas preventiva, la adaptación de las condiciones o tiempo de trabajo o un cambio de puesto de trabajo, antes de llegar (directamente) a la suspensión del contrato de trabajo, lo que supone un ejercicio responsable y activo de las previsiones contenidas en la normativa de aplicación. Y ello, porque se considera que el diálogo social y la acción de los interlocutores sociales son instrumentos imprescindibles para abordar los riesgos y problemas específicos de las diferentes profesiones y situaciones especiales, como es el caso, del embarazo y lactancia.

No en vano, España ha ratificado el Convenio núm. 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y, sobre todo, el Convenio núm. 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006) el cual hace especial hincapié en la importancia de promover de forma continua una cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud. Al respecto, el Convenio núm. 187 contiene un artículo 2 que establece que los Estados que lo ratifiquen deben “promover la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones,

enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo mediante el desarrollo de una política, un sistema y un programa nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores”; deben “adoptar medidas activas con miras a conseguir de forma progresiva un medio ambiente de trabajo seguro y saludable mediante un sistema nacional y programas nacionales de seguridad y salud en el trabajo, teniendo en cuenta los principios recogidos en los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) pertinentes para el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo”; deben, una vez consultados con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, “examinar periódicamente las medidas que podrían adoptarse para ratificar los convenios pertinentes de la OIT en materia de seguridad y salud en el trabajo”.

Pero todavía, el Convenio núm.183 contiene, a nuestros efectos, otra novedad y es reflejar que la OIT es conocedora y plenamente consciente de la presunta discriminación que padecen las mujeres, por su actual y/o futurible embarazo, y las consecuencias que ello comporta. Por ello, su Preámbulo señala que tiene como finalidad promover “cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño” a fin de “reconocer la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales”. No ignora, ni hace caso omiso, de la (presunta) situación de discriminación, citando, al efecto, todos los Convenios todos los tratados internacionales celebrados en el ámbito de Naciones Unidas relativos a la mujer trabajadora y la protección del menor¹⁵, modificando la redacción de su artículo 1 Convenio núm.183, “a los efectos del presente Convenio, el término mujer se aplica a toda personas de sexo femenino, sin ninguna discriminación, y el término hijo a todo hijo, sin ninguna discriminación”, en relación al artículo 2 del Convenio núm. 103 que establece que “a los efectos del presente Convenio, el término mujer comprende toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad, nacionalidad, raza o creencia religiosa, casada o no, y el término hijo comprende todo hijo nacido de matrimonio o fuera del matrimonio”.

De esta afirmación se extrae el porqué de su artículo 9 Convenio núm.183, a cuyo tenor, “todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo” (apartado 1). En su virtud, la maternidad no puede operar como causa de discriminación en el acceso al empleo ni una vez empleada y, además, vuelve a exigir al Estado una actitud legislativa y activa puesto que tales medidas “incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen”, excepto, lo que aquí nos interesa, “cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que: (a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o (b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo” en aras, de nuevo, a la protección de la salud y seguridad de la trabajadora y del hijo y, en su caso, exigir las responsabilidades empresariales pertinentes. Es más, salvo las excepciones expuestas, no se le debería siquiera preguntar si está embarazada o en qué fecha piensa estarlo.

Es también reflejo de este razonamiento el propio ámbito subjetivo del Convenio núm.183. A tenor del artículo 2.1 Convenio núm.183 se aplica a “todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente”, si bien, “todo Miembro que ratifique el presente Convenio podrá, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, excluir total o parcialmente del campo de aplicación del Convenio a

¹⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995), la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), así como los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, en particular, el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981).

categorías limitadas de trabajadores cuando su aplicación a esas categorías plantee problemas especiales de particular importancia” (artículo 2.2 Convenio núm.183), frente a la regulación del artículo 7 del Convenio núm.103 que prevé la posibilidad de excepcionar su aplicación con respecto a categorías de: trabajados, los no industriales, los ejecutados en empresas agrícolas y los domésticos efectuado en hogares privados; mujeres, asalariadas que trabajan en su domicilio; y empresas, de transporte por mar de personas y mercancías.

¿Refiere la expresión “categorías limitadas de trabajadores” del artículo 2.2 Convenio núm.183 a determinados trabajos que afectan a la mujer en general, esté o no embarazada?. Se está pensando explícitamente en el trabajo subterráneo, más en concreto, en el trabajo en las minas, tal y como establece el artículo 2 del Convenio núm. 45 sobre el trabajo subterráneo [(mujeres), (1935) denunciado por España el 14 abril 2008], a cuyo tenor, “en los trabajos subterráneos de las minas no podrá estar empleada ninguna persona de sexo femenino, sea cual fuere su edad”, con las excepciones contempladas en su artículo 3, a cuyo tenor, “la legislación nacional podrá exceptuar de esta prohibición: (a) a las mujeres que ocupen un cargo de dirección y no realicen un trabajo manual; (b) a las mujeres empleadas en servicios de sanidad y en servicios sociales; (c) a las mujeres que, durante sus estudios, realicen prácticas en la parte subterránea de una mina, a los efectos de la formación profesional; (d) a cualquier otra mujer que ocasionalmente tenga que bajar a la parte subterránea de una mina, en el ejercicio de una profesión que no sea de carácter manual”.

El motivo que alegó el Gobierno para denunciar el Convenio, según el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, fue que consideraba que esta prohibición contraviene lo dispuesto en otros convenios ratificados por España en los que se propugna la igualdad de sexo en el empleo y la ocupación, como el Convenio 111 de la OIT y la Convención de las Naciones Unidas de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Estos derechos están avalados por la propia Constitución Española, que propugna la igualdad de los españoles y la no discriminación laboral por razón de sexo (y así lo entendió el Tribunal Constitucional). Ello no obstante, y tratándose de trabajo subterráneo y no a cielo abierto, de un Convenio de la OIT, una tiene serias dudas sobre tal interpretación, especialmente, tratándose de mujeres embarazadas o lactantes y, en menor medida, de mujeres, por la diferente configuración de nuestra estructura corporal (ósea, auditiva, etc.) en relación a los hombres. Honestamente, cuesta creer que nos hallemos ante un tema de discriminación y no de seguridad y salud en el trabajo; pero esto es un tema que requeriría otro análisis en profundidad.

Resta por exponer las previsiones de la recomendación complementaria del Convenio núm. 183, la Recomendación núm.191 sobre la protección de la maternidad (2000), la denominada R191, que contiene un apartado, el 6º, destinado a la protección de la salud, tal y como lleva su rúbrica. El mismo establece:

(1) Los Miembros deberían tomar medidas para garantizar la evaluación de todo riesgo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo. Los resultados de dicha evaluación deberían ser comunicados a la mujer interesada.

(2) En cualquiera de las situaciones enumeradas en el artículo 3 del Convenio o cuando haya sido determinada la existencia de un riesgo significativo...deberían adoptarse medidas para que, bajo presentación de un certificado médico, se ofrezcan las opciones siguientes:

- (a) la eliminación del riesgo;
- (b) la adaptación de sus condiciones de trabajo;
- (c) el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, cuando dicha adaptación no sea posible, o
- (d) una licencia remunerada otorgada de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, cuando dicho traslado no sea realizable.

(3) Deberían adoptarse las medidas previstas en el subpárrafo 2) en particular cuando se trate de:

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

(4) Una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado.

(5) La mujer debería conservar el derecho a reincorporarse a su trabajo o a un trabajo equivalente tan pronto ello deje de encerrar un riesgo para su salud.

(6) La mujer debería poder ausentarse de su trabajo, cuando corresponda, después de notificar a su empleador, con la finalidad de realizar controles médicos relativos a su embarazo.

Llama la atención que su apartado 2.3 mencione solo a la mujer, y no al hombre, cuando, como queda dicho en la introducción, los hombres pueden también estar expuestos a agentes biológicos, químicos o físicos que pueden afectar seriamente a su aparato reproductor.

Esta Recomendación es, a nuestro modesto entender, fiel reflejo de lo que debería ser una protección integral de la seguridad y salud de la mujer embarazada y en período de lactancia natural.

3. OTROS CONVENIOS: EL CONVENIO NÚM.13 SOBRE LA CERUSA, EL CONVENIO NÚM. 136 SOBRE EL BENCENO Y EL CONVENIO NÚM.171 SOBRE EL TRABAJO NOCTURNO

La regla de exclusión del campo de aplicación del Convenio núm. 183 a categorías limitadas de trabajadores, cuando su aplicación a esas categorías plantee problemas especiales de particular importancia (artículo 2.2 del Convenio núm.183), opera, sin lugar a dudas, en los supuestos de Convenios de la OIT en los que expresamente se diga -ya en este caso, además, respecto específicamente trabajadora embarazada y/o lactante-, que no pueden realizar trabajos que supongan el empleo ciertos agentes químicos y/o que no pueden ejecutar determinados trabajos, como expresamente establecen:

El Convenio OIT núm. 13 sobre la cerusa (pintura) por cuya virtud queda prohibido emplear “a las mujeres en trabajos de pintura industrial que entrañen el empleo de cerusa, de sulfato de plomo o de cualquier otro producto que contenga dichos pigmentos” (artículo 3.1). Aunque refiera a mujeres, según la Confederación General del Trabajo, “esta disposición protege sólo a mujeres embarazadas y menores”.

El Convenio OIT núm. 136 sobre el benceno cuyo artículo 11.1 dispone que “las mujeres embarazadas cuyo estado haya sido certificado por un médico y las madres lactantes no deberán ser empleadas en trabajos que entrañen exposición al benceno o a productos que contengan benceno”.

El Convenio OIT núm.171 sobre el trabajo nocturno (1990) que, al igual que el Convenio núm.183, tampoco está ratificado por España. Este Convenio contiene un artículo 7, a cuyo tenor:

1. Se deberán tomar medidas para asegurar que existe una alternativa al trabajo nocturno para las trabajadoras que, a falta de tal alternativa, tendrían que realizar ese trabajo:

- (a) antes y después del parto, durante un período de al menos dieciséis semanas, de las cuales al menos ocho deberán tomarse antes de la fecha presunta del parto;
- (b) previa presentación de un certificado médico indicando que ello es necesario para la salud de la madre o del hijo, por otros períodos que se sitúen:
 - (i) durante el embarazo;

(ii) durante un lapso determinado más allá del período posterior al parto establecido de conformidad con el apartado a) del presente párrafo, cuya duración será determinada por la autoridad competente previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir en la asignación a un trabajo diurno cuando sea factible, el suministro de prestaciones de seguridad social o la prórroga de la licencia de maternidad.

3. Durante los períodos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo:

(a) no se deberá despedir ni comunicar el despido a una trabajadora, salvo por causas justificadas no vinculadas al embarazo o al parto;

(b) los ingresos de la trabajadora deberán mantenerse a un nivel suficiente para garantizar el sustento de la mujer y de su hijo en condiciones de vida adecuadas. El mantenimiento de estos ingresos podrá asegurarse mediante cualquiera de las medidas indicadas en el párrafo 2 de este artículo, por cualquier otra medida apropiada, o bien merced a una combinación de estas medidas;

(c) la trabajadora no perderá los beneficios relativos a grado, antigüedad y posibilidades de promoción que estén vinculados al puesto de trabajo nocturno que ocupa regularmente.

4. Las disposiciones del presente artículo no deberán tener por efecto reducir la protección y las prestaciones relativas a la licencia de maternidad.

Una lástima que España no haya ratificado este Convenio de 1990, teniendo en cuenta que la OIT insiste en esta cuestión en la Recomendación núm.191 sobre la protección de la maternidad (2000), estableciendo su apartado 6.4 que, “una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado”, si bien, las trabajadoras, en tales circunstancias y en el ámbito de la UE, se ven cubiertas por el artículo 7 de la Directiva 92/85/CEE, incluidas (confiemos), las trabajadoras españolas, a resultas de lo que resuelva el TJUE sobre la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Asunto González Calvo (C-41/17), como se analizará posteriormente.

Indicar que se considera que el Convenio núm. 171 se aplicaría también en el supuesto de que un trabajo a turnos, tuviera uno de ellos, uno nocturno lo cual es más que probable si se atiende a sus formas de organización que distingue tres sistemas¹⁶:

Discontinuo: el trabajo se interrumpe normalmente por la noche y el fin de semana. Supone, pues, dos turnos, uno de mañana y uno de tarde.

Semicontinuo: la interrupción es semanal. Supone tres turnos, mañana, tarde y noche, con descanso los domingos.

Continuo: el trabajo se realiza de forma ininterrumpida. El trabajo queda cubierto durante todo el día y durante todos los días de la semana. Supone más de tres turnos y el trabajo nocturno.

En su virtud, tanto en el sistema semicontinuo como en el continuo existirá trabajo nocturno (además de a turno), debido a las repercusiones que tienen estos trabajos, según la misma fuente del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene: alteración en el equilibrio biológico, alteraciones del sueño, hábitos alimentarios y vida social¹⁷.

¹⁶ Según el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. NTP 455: *Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos*.

¹⁷ NTP 455: *Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos*.

III. LA DIRECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE MATERNIDAD Y SEGURIDAD/SALUD EN EL TRABAJO

La preocupación de la Unión Europea, desde sus orígenes, por la seguridad y salud en el trabajo¹⁸, es equiparable a la de la OIT y ha tenido, si cabe, mayor connotación en el derecho interno español debido, especialmente, a la trasposición de las directivas comunitarias, Marco y específicas, sobre seguridad y salud en el trabajo, entre ellas, la Directiva 92/85/CEE, tan citada, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada¹⁹, que haya dado a luz²⁰ o en período de lactancia²¹.

Existe ya bibliografía más que de sobra y cualificada sobre la materia. Por eso, no se entra en su análisis, salvo brevemente y en relación a la problemática que se está planteando sobre la evaluación de los riesgos -especialmente, durante la lactancia natural, especialmente, en nuestro país- que ha llegado a un pronunciamiento y a que penda sentencia del TJUE sobre la interpretación que estamos dando a la Directiva 92/85/CEE. En ambos casos, tras plantear dos cuestiones prejudiciales el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que denota, digamos, la carencia de la dimensión de género, por no decir de sensibilidad, que hay en nuestro país en la evaluación del riesgo, cuanto menos, los que se puedan ocasionar durante la lactancia natural. La primera de ellas, ha sido resuelta por el TJUE en su sentencia de 19 de octubre de 2017, Otero Ramos (C-531/15); la segunda, González Calvo (C-41/17), está pendiente de resolución,

En la STJUE de 19 de octubre de 2017, Otero Ramos (C-531/15), la cuestión prejudicial versa sobre cómo ha de interpretarse el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54, inversión de la carga de la prueba, a un supuesto de trabajadora en período de lactancia natural, para lo cual, el TJUE tiene que razonar, previamente, si nos hallamos ante un supuesto de discriminación. Para poder solventar la cuestión, el TJUE tiene que reformular la cuestión prejudicial y añadir la interpretación de otro precepto, el artículo 4.1 de la Directiva 92/85, esto es, de cómo ha de practicarse la evaluación de un riesgo de una trabajadora en período de lactancia natural.

Es resuelta declarando que la inversión de la carga de la prueba procede cuando la trabajadora afectada impugna una decisión relativa a esta evaluación de los riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente pero, con anterioridad, la trabajadora perjudicada tiene que acreditar los hechos, o aportar los elementos de prueba, que demuestren que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo con arreglo al artículo 4.1 de la Directiva 92/85 porque, en tal caso, nos hallamos ante un supuesto de discriminación directa por razón de sexo. La valoración de estos hechos y/o elementos de prueba (de si el riesgo se ha evaluado de conformidad con la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo por cuya virtud se aprecia si existe o no discriminación) es competencia del órgano jurisdiccional nacional quien está obligado, al aplicar el Derecho nacional, a interpretarlo a la luz y la finalidad perseguida por las Directivas 2006/54 y 92/85 para así alcanzar el resultado que éstas persiguen, a saber: la protección omnicomprendensiva de la maternidad, lo que engloba el embarazo, parto y puerperio, e incluye, la lactancia natural.

La sentencia basa su fundamentación en las directrices elaboradas por la Comisión, en desarrollo de su artículo 3 Directiva 92/85/CEE, contenidas en la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los

¹⁸ Actualmente, artículo 153.1.a) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; artículo 31 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea; apartado 19 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

¹⁹ Cualquier trabajadora embarazada “que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” (artículo 2.a Directiva 92/85/CEE).

²⁰ Cualquier trabajador que “haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, “que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales” (artículo 2. b Directiva 92/85/CEE).

²¹ Cualquier trabajadora “en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales” (artículo 2. c Directiva 92/85/CEE).

procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia²².

El mencionado precepto establece que “la Comisión, en concertación con los Estados miembros y asistida por el Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo, establecerá las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2”, es decir, embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Igualmente, “deberán referirse asimismo a los movimientos y posturas, la fatiga mental y física y las demás cargas físicas y mentales” relacionadas con la actividad de estas trabajadoras (artículo 3.1 de la Directiva 92/85/CEE).

Su objetivo de servir de guía para la evaluación de riesgos específicos de exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo para la seguridad o la salud, y repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, así como para determinar las medidas que deben adoptarse, en los términos previstos en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85/CEE (artículo 3.2 la Directiva 92/85/CEE). Con este fin, “los Estados miembros comunicarán dichas directrices a todos los empresarios y trabajadoras y/o a sus representantes del Estado miembro correspondiente” (artículo 3.2 la Directiva 92/85/CE).

Así pues, la Directiva impone la obligación al empresario de proteger a estas trabajadoras (embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia), especialmente sensibles por su condición biológica, frente a riesgos determinados y concretos a los que pueda estar expuesta y que deriven del ejercicio de la actividad profesional, y lo ha de hacer de forma individualizada, no genérica. Por eso, la evaluación del riesgo se basa en un procedimiento que garantice una valoración objetiva del riesgo la cual puede ser corregida en función de las circunstancias subjetivas de la persona que ocupe un determinado puesto de trabajo, tal y como se establece en el artículo 5 del Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) en relación al artículo 16.2.a) LPRL.

Pues bien, en dichas Directrices se dice explícitamente que son “de máxima importancia todas las medidas dirigidas a la protección de la salud de los trabajadores, en particular de algunos grupos especialmente vulnerables, como es, evidentemente, el de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sobre todo por el hecho de que los riesgos a que pueden estar expuestas podrían ser perjudiciales no sólo para su salud, sino también para la del niño que va a nacer y el recién nacido, habida cuenta del estrecho contacto fisiológico, e incluso emocional, existente entre la madre y el niño”. Por consiguiente, la Comisión considera que son “un instrumento eficaz y eminentemente práctico” que ha de servir “de guía para la evaluación de los riesgos para la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”. Sobre la base de esta evaluación, “la determinación de las medidas que han de adoptarse” habrá de “efectuarse de modo más eficaz”.

Indican, asimismo, que la evaluación debe comprender, por lo menos, tres fases: 1) Identificación de los peligros (agentes físicos, químicos y biológicos; procedimientos industriales; movimientos y posturas; fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales). 2) Identificación de las categorías de trabajadoras (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia). 3) Evaluación de los riesgos, tanto en términos cuantitativos como cualitativos.

En su virtud, como señala la Abogada General, Eleanor Sharpston de la STJUE de 19 de octubre de 2017, Otero Ramos (C-531/15) estas Directrices “dejan meridianamente claro que es difícil que una evaluación a grandes rasgos, genérica, del puesto de trabajo, de las condiciones que rodean a determinados puestos y del estado general medio de salud de la mujer trabajadora embarazada, que haya dado a luz recientemente o que desee amamentar a su hijo cumpla los requisitos del artículo 4, apartado 1”²³.

²² COM/2000/0466 final.

²³ Apartado 43.

Así lo entiende y recoge el TJUE señalando, mediante un análisis exhaustivo de las Directrices ²⁴, que:

1) De ellas “se desprende que la evaluación de los riesgos constituye un examen sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional” que comprende las tres fases indicadas contenidas en las mismas.

2) Los empresarios “deben realizar un examen periódico de los riesgos durante todo ese período para evitar o reducir en la medida de lo posible la exposición de estas trabajadoras a riesgos para la salud o la seguridad, en particular la exposición a determinadas sustancias...(puesto que) algunas de ellas pueden pasar a la leche materna y el niño es especialmente sensible a las mismas.

3) En determinados casos, “puede ser necesario recabar el asesoramiento de especialistas en el ámbito de la medicina del trabajo”.

4) Contienen dos cuadros detallados: El primero relativo a “la evaluación de los riesgos, los peligros de carácter general y las situaciones asociadas a los que están expuestas la mayoría de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o en período de lactancia”. El segundo, titulado “peligros específicos”, declara que, “puesto que el embarazo es un estado dinámico que implica transformaciones constantes, las mismas condiciones de trabajo pueden plantear distintos problemas de salud y seguridad a cada mujer en función de la fase del embarazo, tras la reincorporación al puesto de trabajo o durante el período de lactancia”; algunos de estos problemas “pueden preverse y afectan en general a todas las mujeres; otros dependen de las circunstancias individuales y del historial médico personal”.

A resultas de este análisis el Alto Tribunal concluye que, para ser conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85/CEE, “la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo”²⁵.

En el Asunto González Calvo (C-41/17) se discute la existencia de una situación de riesgos durante la lactancia de una trabajadora a turnos cuando, algunas de tales tareas, como en el caso de autos, se realizan en horario nocturno.

En concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia solicita al TJUE que le proporcione orientaciones en relación con la expresión “trabajo nocturno” contenida en la Directiva 92/85/CEE. Igualmente, desea saber si una madre en período de lactancia que trabaja a turnos con arreglo a un sistema en el que trabaja de noche una parte de la jornada tiene derecho a la protección específica establecida en dicha Directiva y si, en el supuesto de que la trabajadora de que se trata impugne una decisión por la que se le deniega la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural y el abono de la prestación económica relativa al período de suspensión, se aplica la Directiva 2006/54/CE; en tal caso, si procede la inversión de la carga de la prueba de tal modo que el empresario (o la autoridad competente) ha de demostrar que en el caso concreto no ha existido discriminación.

Dejando al margen el tema de igualdad y procesal, por la temática tratada en el presente trabajo, la cuestión es determinar, en primer lugar, qué se entiende por trabajo nocturno. La Directiva 92/85/CEE, no lo define, pero alude a él en su artículo 7, estableciendo que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia “no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto, que será determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud, a reserva de la presentación, según las modalidades fijadas por los Estados miembros, de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad o la salud de la trabajadora afectada” (artículo 7.1 Directiva 92/85/CEE). Con arreglo a las legislaciones y/o

²⁴ Apartados 47 a 50.

²⁵ Apartado 51.

prácticas nacionales, “las medidas contempladas en el apartado 1 deberán incluir la posibilidad: a) del traslado a un trabajo diurno, o b) de una dispensa de trabajo, o de una prolongación del permiso de maternidad cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados” (artículo 7.2 Directiva 92/85/CEE).

Según las Conclusiones presentadas el 26 de abril de 2018 por la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, “el trabajo nocturno no sólo incluye el trabajo realizado enteramente en horario nocturno sino también el trabajo a turnos cuando algunos de estos turnos se realizan en horario nocturno”. En primer lugar, porque aunque la Directiva 92/85 no define el concepto de trabajo nocturno, “no puede estar limitado a una modalidad concreta de jornada laboral”; a su entender, el trabajo nocturno “puede incluir tanto el trabajo realizado en su totalidad en horario nocturno como el trabajo a turnos en el que únicamente se realiza parte de la jornada en horario nocturno”. En segundo lugar, porque según jurisprudencia del TJUE, “para interpretar una disposición del Derecho de la Unión deben tenerse en cuenta no sólo los términos empleados en ella, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte” [SST]E de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05)²⁶; de 15 de octubre de 2014, Hosticka (C-561/13); y de 16 de julio de 2015, Maïstrellis (C-222/14)²⁷; en su virtud, de la lectura del artículo 7 en relación al artículo 1.1 de la Directiva 92/85, indica que es coherente con los objetivos de ésta, el que “una trabajadora en período de lactancia está(é) incluida en el grupo expuesto a riesgos en cuyo favor deben adoptarse medidas para proteger su seguridad y salud.... (asimismo que) es congruente con el objetivo general de prevención de esta medida que las mujeres incluidas en el artículo 2, letra c), de la Directiva también deban estar amparadas por la protección que establece el artículo 7 si realizan algunos turnos en horario nocturno, y no únicamente si trabajan en horario nocturno como norma”²⁸.

Dado que la Directiva 92/85/CEE carece de definición de trabajo nocturno, se acude a la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE), que incluye la siguiente definición: “período nocturno: todo período no inferior a siete horas, definido por la legislación nacional, y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24.00 horas y las 5.00 horas” (artículo 2.3 Directiva 2003/88/CE). Para la Abogada General, “la expresión trabajo nocturno empleada en la Directiva 92/85 no tiene necesariamente el mismo significado que la expresión período nocturno empleada en el artículo 2, punto 3, de la Directiva 2003/88; de lo que se trata más bien es de interpretar ambas Directivas de manera congruente” y, considera que, “a falta de razón imperativa en sentido opuesto, el término ‘nocturno’ empleado en la Directiva 92/85 debe tener el mismo significado. De ello se deduce que, si una trabajadora desarrolla sus funciones durante ese período, ese tiempo de trabajo constituirá trabajo nocturno a los efectos del artículo 7 de la Directiva 92/85”. Señala, asimismo, que está de acuerdo con la observación formulada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia según la cual, “si se excluyera el trabajo a turnos en horario nocturno del ámbito de aplicación del artículo 7 de la Directiva 92/85, una madre en período de lactancia que trabajara a turnos durante esas horas tendría una protección menor que las mujeres que solo trabajan en horario nocturno”, resultando “difícil creer que el legislador buscara ese resultado”²⁹.

Finalmente, viene nuestra “peculiar” evaluación de los riesgos de modo genérico y no concreto. Siendo como que corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Galicia realizar las comprobaciones fácticas pertinentes, las Conclusiones señalan que “si se examina conjuntamente la documentación disponible... la práctica habitual nacional parece consistir en que, cuando el manual de la Asociación Española de Pediatría no reconoce que un puesto de trabajo específico entraña un riesgo para la lactancia, la solicitud de certificado médico de la trabajadora se rechaza automáticamente” y para la Abogada General, opinión que se comparte, “un enfoque de este tipo es contrario a la Directiva

²⁶ Apartado 30.

²⁷ Apartado 34.

²⁸ Apartados 39-41.

²⁹ Apartados 46-48.

92/85. El legislador de la Unión ha decidido que el trabajo nocturno presenta un riesgo. El certificado médico está concebido para dar lugar a la evaluación de las circunstancias de la trabajadora de que se trate en un caso concreto. El sistema descrito al Tribunal de Justicia está claramente en desacuerdo con los objetivos del legislador”. Aclara que no sugiere que “haya existido un comportamiento irregular. Sin embargo, un procedimiento en el que la mutua responsable de abonar la prestación solicitada por la trabajadora es también quien decide si la trabajadora puede obtener el certificado médico requerido con arreglo al artículo 7 de la Directiva 92/85 adolece de un vicio intrínseco. La mutua se halla en una posición en la que existe un claro conflicto de intereses”³⁰.

Continúan expresando que si la Sra. González Castro cumple los requisitos establecidos por el artículo 7.1, estará al amparo de la Directiva 92/85/CEE y no será preciso analizar los artículos 4 y 5 de la mencionada Directiva, ya que “cuando se aplica el artículo 7 es innecesario basarse en la evaluación genérica de los riesgos con arreglo al artículo 4 de la Directiva 92/85”. Concluye su argumentación indicando que una trabajadora que trabaja a turnos y desarrolla parte de su actividad en horario nocturno puede estar incluida en el ámbito de aplicación del artículo 7.1 de la Directiva 92/85, siempre que presente un certificado médico que declare que es necesario adoptar medidas a fin de evitar riesgos para su seguridad o salud, con arreglo al artículo 7.2 de la Directiva, incumbiendo “al tribunal remitente comprobar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, si la recurrente proporcionó o se encontraba en condiciones de proporcionar tal certificado”³¹.

Queda, pues, clara la posición de la Abogada General, con la que se coincide plenamente.

Resta por recordar que España no ha ratificado los convenios de la OIT relativos a esta materia: El Convenio núm. 171 sobre el trabajo nocturno (1990) ni el Convenio núm. 183 sobre la protección de la maternidad (2000), su complemento, la Recomendación núm.191 sobre protección de la maternidad (2000) de aquí que se hable de falta de sensibilidad en esta cuestión que nos atañe a todos.

IV. MATERNIDAD Y SEGURIDAD/SALUD EN EL TRABAJO EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

En el presente epígrafe se va a proceder a analizar, de una parte, la protección sobre seguridad y salud laboral dispensada por maternidad por el Derecho del Trabajo, partiendo para ello del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) y de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL); de otra, la otorgada por el Sistema de la Seguridad Social, por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (RMPEL). De aquí su división: (1) la protección en el Derecho del Trabajo y (2) la protección en el Derecho de la Seguridad Social. La normativa contenida en estas tres leyes está íntimamente relacionada.

1. LA PROTECCIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Entre las causas de extinción del contrato de trabajo que relaciona el artículo 45.1 ET se encuentra el “riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses” [artículo 45.1.e) ET].

Al efecto, el artículo 48.8 ET establece que “en el supuesto de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses,

³⁰ Apartados 52-54.

³¹ Apartados 55 y 56.

respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado”.

Así pues, el ET contiene una remisión expresa al artículo 26 LPRL, base de la regulación no solo en el ámbito del Derecho del Trabajo sino también en el del Derecho de la Seguridad Social, como veremos después. Su regulación es concreción del artículo 25.1 LPRL (a su vez de artículo 15 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 112 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo) que lleva por rúbrica, protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, que se traduce en la garantía de una específica protección para determinados colectivos, entre ellos, la de los trabajadores que por sus propias características personales o estado biológico sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, es decir, mujer embarazada, que haya dado luz o lactante. A tal fin, el empresario “deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias”. Además, no podrán ser empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de su estado biológico, “puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

El artículo 26 LPRL dispone:

1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

4. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses”.

En desarrollo de este precepto legal fue dictado el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (RSP).

No se efectúa un análisis exhaustivo del mismo. Solo se indica que es en este reglamento en donde figura la lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural (Anexo VII) y la lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural (Anexo VIII).

Para la aplicación de estos Anexos, el artículo 4.1.b RSP establece que “a efectos de lo dispuesto sobre la evaluación de riesgos en el artículo 26.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el anexo VII de este real decreto incluye una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición.

En todo caso la trabajadora embarazada no podrá realizar actividades que supongan riesgo de exposición a los agentes o condiciones de trabajo incluidos en la lista no exhaustiva de la parte A del anexo VIII, cuando, de acuerdo con las conclusiones obtenidas de la evaluación de riesgos, ello pueda poner en peligro su seguridad o su salud o la del feto. Igualmente la trabajadora en período de lactancia no podrá realizar actividades que supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en la lista no exhaustiva del anexo VIII, parte B, cuando de la evaluación se desprenda que ello pueda poner en peligro su seguridad o su salud o la del niño durante el período de lactancia natural. En los casos previstos en este párrafo, se adoptarán las medidas previstas en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con el fin de evitar la exposición a los riesgos indicados”.

Existen unas Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo elaboradas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo ³², y unas Orientaciones para la evaluación del riesgo laboral y la incapacidad temporal durante el embarazo efectuadas por el INSS (2008) y otras Orientaciones para la evaluación del riesgo durante la lactancia natural hechas por la Asociación Española de Pediatría y otras (2008). Ello no obstante, visto lo analizado en el Derecho de la Unión Europea, hay algo en la evaluación de los riesgos (más bien en cómo se evalúan) que no está funcionando con la debida corrección.

³² En ellas se dice explícitamente que “en las fichas de riesgo se han incluido los agentes citados en los anexos VII y VIII del RD 39/1997 y otros agentes para los que existe evidencia o sospecha de efectos sobre la maternidad, proponiendo una serie de criterios técnicos para identificar (evaluación inicial y periódicas) el riesgo potencial del puesto de trabajo que, en el momento de la comunicación de la situación por parte de la mujer, deberán revisarse en función de las condiciones de trabajo concretas (exposiciones múltiples, duración y frecuencia de la exposición, procedimiento de trabajo...) y de las características o estado de salud de la trabajadora (evaluación adicional). Una vez identificados y evaluados los riesgos, corresponderá al Servicio de Prevención, en base a la legislación y al arte propio de las especialidades preventivas, proponer las medidas preventivas idóneas”, p.7.

2. LA PROTECCIÓN EN EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Derecho de la Seguridad Social contempla la existencia de dos subsidios, uno por riesgos durante el embarazo, otro por riesgos durante la lactancia natural³³.

A) El subsidio por riesgo durante el embarazo

Su regulación está contenida, además de en los artículos 45.1.e) y 48.8 ET, en los artículos 186 y 187 LGSS, en artículo 26 LPRL y en los artículos 31-48 el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (RMPEL).

Según se desprende del artículo 134 LGSS, en relación con el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la situación protegida en el riesgo durante el embarazo es el período de suspensión del contrato de trabajo [artículo 45.1.e) ET] en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora embarazada cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, dicho cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse, por motivos justificados.

a) *Beneficiarias*

Son beneficiarias del subsidio por riesgo durante el embarazo las trabajadoras por cuenta ajena -incluidas las contratadas a tiempo parcial y para la formación- que estén afiliadas, en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha en la que se inicie la suspensión del contrato de trabajo, tal y como determina el artículo 186 LGSS, al establecer que el subsidio se concede a “la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales”. Asimismo son beneficiarias “las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de hogar, que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo” (artículo 32.1 RMPEL). Conforme al artículo 32.3 RMPEL, estas trabajadoras por cuenta ajena “se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de la obtención del subsidio por riesgo durante el embarazo, aunque su empresa hubiera incumplido sus obligaciones”.

En cuanto a las trabajadoras por cuenta propia, “se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el periodo de interrupción de la actividad profesional, en los supuestos en que el desempeño de la misma influya negativamente en su salud o en la del feto”, y así se certifique por los servicios médicos de la INSS o de la Mutua (artículo 40.1 RMPEL). No se considera situación protegida “la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de la actividad desempeñada, determinante de su inclusión en el campo de aplicación del Régimen Especial del sistema de la Seguridad Social correspondiente” (artículo 40.2 RMPEL).

b) *Prestación*

Conforme al artículo 187 LGSS, la prestación económica por riesgo durante el embarazo consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora que “será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, o, en su caso, equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, cuando el régimen de que se trate no contemple la cobertura de las contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo” (artículo 34.1 RMPEL).

El precepto contiene particularidades para las situaciones de pluriempleo (artículo 34.2 RMPEL), pluriactividad (artículo 34.3 RMPEL), en el caso de trabajadoras contratadas a tiempo

³³ Según datos que figuran en la página web del INSS, el presupuesto de gastos para el 2017, fue 372.370'42 (subsidio por riesgo durante el embarazo) y 8.577'46 (subsidio durante la lactancia natural).

parcial (artículo 34.4 RMPEL), trabajadoras contratadas para la formación (artículo 34.5 RMPEL) y para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos (artículo 34.6 RMPEL).

c) Nacimiento, duración y extinción del derecho

El derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo nace “el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo” (artículo 135.2 LGSS), por no resultar el cambio de trabajo o función de la trabajadora técnica u objetivamente posible o no pueda ser razonablemente exigible (artículo 26.3 LPRL), habiéndose intentado previamente -y fracasado también- la adaptación de las condiciones o tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.

La duración del subsidio será lo que dure el período de suspensión que sea necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora o del feto, finalizando el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado (artículos 187.2 y 35.2 RMPEL).

Durante la situación de riesgo durante el embarazo continúa la obligación de cotizar (artículo 144.4 LGSS y artículo 68 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social).

El derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo podrá ser denegado, anulado o suspendido, de conformidad con lo establecido para el subsidio por incapacidad temporal en el artículo 132.1 LGSS y 36.2 RMPEL: a) cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio; b) Cuando realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, salvo lo previsto en el artículo 48 RMPRL.

El derecho al subsidio se extingue por: a) suspensión del contrato de trabajo por maternidad; b) reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado; c) extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas; d) interrupción del embarazo; e) fallecimiento de la beneficiaria (artículo 35.4 RMPEL).

d) Reconocimiento y pago del subsidio

El reconocimiento del derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo corresponde al INSS o Mutua según con la que tenga concertada la empresa la cobertura de las contingencias profesionales (artículo 36.1 RMPEL).

El procedimiento se inicia a instancia de la interesada, mediante un informe que deberá solicitarse al facultativo del Servicio Público de Salud; dicho informe acreditará la situación de embarazo y la fecha probable del parto (artículo 39.1 RMPEL). Para el reconocimiento del subsidio, la trabajadora presentará la solicitud a la Dirección Provincial del INSS o ante la Mutua que le corresponda a la cual habrá de adjuntar preceptivamente la documentación exigida por apartado 4.º del citado precepto. A la vista de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos formales, hechos y condiciones exigidos para acceder al subsidio, el INSS dictará resolución expresa, que se notificará en el plazo de 30 días, contados desde la recepción de la solicitud de la interesada, a efectos del reconocimiento del derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo (artículo 39.5 RMPEL). Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo (disposición adicional vigésima quinta 3 LGSS).

La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar al INSS o a la Mutua cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio (artículo 35.4 RMPEL).

Conforme dispone los artículos 135.4 LGSS y 38 RMPEL, la gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponde al INSS o la Mutua “en función de la entidad con que la empresa tenga concretada la cobertura de riesgos profesionales», en el momento de la suspensión del contrato, con independencia de que durante la mencionada situación se produzca un cambio de la entidad. El pago se realiza por períodos mensuales vencidos” (artículo 38.2 RMPEL).

B) El subsidio por riesgo durante la lactancia natural

Su regulación está contenida en los artículos 45.1.e) y 48.8 ET, los artículos 188 y 189 LGSS y los artículos 49 a 51 RMPEL.

Según se desprende del artículo 188 LGSS, en relación con el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la situación protegida en el riesgo durante la lactancia natural es el período de suspensión del contrato de trabajo [artículo 45.1.e) ET] en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, dicho cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse, por motivos justificados.

a) *Beneficiarias*

Son beneficiarias del subsidio por riesgo durante la lactancia, las trabajadoras por cuenta ajena - incluidas las contratadas a tiempo parcial y para la formación- que estén afiliadas, en alta o en situación asimilada a la de alta, en los mismos términos y condiciones previstos para la prestación económica por riesgo durante el embarazo (artículo 189 LGSS). En el supuesto de las trabajadoras por cuenta propia, “se considera situación protegida el periodo de interrupción de la actividad profesional durante el periodo de la lactancia natural, cuando el desempeño de la misma pudiera influir negativamente en la salud de la mujer o en la del hijo” y así se certifique por los servicios médicos del INSS o de la Mutua (artículo 49.1 RMPEL). No se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados (artículo 49.2 RMPEL).

b) *Prestación*

Conforme al artículo 189 la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concede a la mujer trabajadora en los mismos términos y condiciones previstos para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, es decir, que consiste en un subsidio del 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, siendo ésta, la equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

c) *Nacimiento, duración y extinción*

El derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia nace desde el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por esta causa.

La duración es el período necesario para la protección de la salud de la trabajadora y/o del hijo, como máximo hasta que éste cumpla los 9 meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación (artículo 189 LGSS).

Durante la situación de riesgo durante la lactancia natural continúa la obligación de cotizar (artículo 144.4 LGSS y artículo 68 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social).

Las causas de denegación, anulación y suspensión del derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia natural son las mismas que las del subsidio de riesgo durante el embarazo (artículo 51 RMPEL).

Las causas de extinción están determinadas en el artículo 50.3 RMPEL, a saber: a) cumplir el hijo los 9 meses de edad; b) reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior o a otros compatibles con su estado; c) extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas o cese en el ejercicio de la actividad profesional; d) interrupción de la lactancia natural; e) fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante.

d) Reconocimiento y pago del subsidio

El reconocimiento del derecho al subsidio durante la lactancia natural corresponde al INSS o Mutua según con la que tenga concertada la empresa la cobertura de las contingencias profesionales. No procede el reconocimiento de la prestación económica de riesgo durante la lactancia en tanto no se haya extinguido el período de descanso por maternidad (artículo 50.2 RMPEL).

El procedimiento se inicia a instancia de la trabajadora mediante un informe médico que deberá solicitar al facultativo del Servicio Público de Salud, en el que se acredite la situación de lactancia natural. Con el citado informe y un certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, la trabajadora solicitará la emisión de la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante la lactancia ante el INSS o la Mutua. Si el INSS o la Mutua considera que no se produce la situación de riesgo durante la lactancia, denegará la expedición de la certificación médica solicitada, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención del subsidio; si certifica el riesgo y no es posible un cambio del puesto de trabajo, la empresa declarará a la trabajadora afectada en situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia y pasará a percibir la prestación.

La solicitud se ha de presentar en la Dirección provincial del INSS o ante la Mutua que le corresponda. El Director provincial del INSS dictará resolución expresa y la notificará a la misma en el plazo de 30 días, contados desde la recepción de la solicitud de la interesada. Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo (disposición adicional vigésima quinta 3 LGSS).

La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante la lactancia corresponde al INSS o la Mutua en función de la entidad con que la empresa tenga concretada la cobertura de riesgos profesionales, con independencia de que “durante la situación de riesgo durante la lactancia natural se produzca un cambio de la entidad que cubra las contingencias profesionales o comunes», realizándose el pago por períodos mensuales vencidos” (artículo 51.1 RMPEL).

COMUNICACIONES

CAPÍTULO V. LA MATERNIDAD EN MARRUECOS. UN DEBATE AÚN PENDIENTE

MARIA DEL CARMEN BURGOS GOYE

*Profesora colaboradora Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Campus Universitario de Melilla
Universidad de Granada*

"Los hombres tienen una parte de lo que han adquirido y las mujeres tienen una parte de lo que han adquirido"

Corán: 4:(32)

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En el corpus legislativo marroquí, tiene el componente religioso un efecto aglutinador y preeminente, de ahí que, generalmente se muestra un enfoque occidental estereotipado de corte asimilacionista como contrario a los derechos humanos, en este sentido hay que tener presente que, si bien es cierto que existe una palmaria vinculación de la religión a la estructura socio-política y jurídico-económica marroquí, también lo es que esta realidad está cambiando, de manera que su contenido se ha ido reformulando en el devenir histórico. Muestra de ello, *ad hoc* es el principio de igualdad de sexos en materia de las relaciones laborales, tal y como predica *ex art.* 13 de su carta magna, al establecer *"todos los ciudadanos tienen derecho por igual a la educación y al trabajo"* y de este modo, reconoce la igualdad como pilar de su Estado que se proclama como democrático en concordancia con los postulados aristotélicos¹: *"Estos son pues los caracteres comunes a las democracias. [...] Pero la democracia y el gobierno popular que se conceptúan más auténticos son el resultado de aplicar el principio de justicia que se reconoce generalmente como democrático (que es el de la igualdad de todos en razón del número). Ahora bien, la igualdad consiste en que no gobiernen más los pobres que los ricos, ni que sólo ellos sean señores, sino todos por igual (en razón del número), pues de este modo sienten todos que la igualdad y la libertad están aseguradas en la República (1989:208).* En el mismo sentido pero adhiriendo este principio a su ideario de una sociedad de iguales, N. Bobbio (1997: 15)² diferencia entre esta y la asimétrica sociedad de desiguales en los siguientes términos: *"Al ser el derecho un ordenamiento de relaciones sociales la gran dicotomía público/privado se duplica primeramente en la distinción de dos tipos de relaciones sociales: Entre iguales y entre desiguales"*.

Así pues, desde el punto de vista legal, se han acometido reformas sociales económicas y jurídicas sustanciales para conseguir la equiparación de los derechos, reformas en materia de igualdad que son hoy por hoy en muchos casos formales (sirva de paradigma el precipitado art. 13 CM, que reconoce la igualdad de todos los ciudadanos a la educación y al trabajo) y que no siempre tiene su reflejo en el contenido sustancial o material del principio de igualdad, de modo que, lo que el constituyente reconoce es un derecho subjetivo a obtener un trato igual, imponiendo una obligación

¹ ARISTÓTELES. *La política*. Bogotá: Editorial Panamericana (1989).

² BOBBIO, NORBERTO. *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica (1997). Correa Henao, Néstor Raúl. "Notas sobre el derecho de igualdad". *Universitas* 95 (diciembre de 1998).

a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas, máxime cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, lo ha calificado como un derecho fundamental, basándose en un criterio ontológico y no sólo funcional (STJC 2009/334, caso *Viginie Pontin contra T- Comalux S.A.*), reconoce el derecho a la igualdad como derecho autónomo y no meramente instrumental de producción de normas jurídicas. Ahora bien, la igualdad permite además el desarrollo de la dignidad que surge de la persona humana a partir de la paridad social entre los seres humanos. La traslación de esta proposición al ámbito jurídico- laboral, refleja como este acceso igualitario y sin discriminación de género sigue siendo, en el caso concreto que vamos a examinar, una entelequia hoy día, a pesar de que la legislación marroquí desde un enfoque técnico- jurídico y de política del Derecho proclame lo contrario. Apreciándose como en el marco de los derechos económicos y sociales, el derecho de la mujer al trabajo a pesar de su reconocimiento, no sólo en el Código Laboral, sino también en las leyes que regulan la función pública y en el Convenio Colectivo del Trabajo aún no ha logrado su plenitud, y hasta que se consiga integración de la perspectiva de género *mainstreaming* en las diferentes políticas públicas de igualdad, no se puede alcanzar la ciudadanía plena, en los diferentes niveles incluidos claro esto el laboral. En concreto, en el tema objeto de examen, el Código de Trabajo, introdujo el principio de no discriminación de forma expresa en el año 2003. Este principio debe presidir los diferentes aspectos de la relación laboral: desde el acceso al empleo hasta la remuneración o las condiciones de trabajo, etc. Máxime en los derechos sociales de conciliación en general y en particular, en materia de maternidad aunque subyace, como en todo, en la normativa un cierto carácter paternalista, de ahí que, la protección de la maternidad continua siendo precaria en el país alauita.

II. RADIOGRAFIA

Desde su independencia en 1956, Marruecos sólo ha realizado cinco censos de la población³, el último de 2004. De ahí que, tomando como indicador otras fuentes, según los datos poblacionales disponibles se observa como Marruecos, tenía una población⁴ en 2017, de 35.783.304 habitantes, de los que corresponde 17.531.640 a los varones y 18.251.667 a las mujeres, es decir, 49 % y 51 % respectivamente, cifras cuyas diferencias sustanciales son prácticamente testimoniales, apreciándose como su población se mantiene con un incremento fijo⁵ desde el año 2015 hasta la actualidad de 1,37 %.

En este contexto, el número de parados en Marruecos, creció en 12.000 personas, procedentes de un aumento de 22.000 en las zonas urbanas y un descenso de 10.000 en las zonas rurales, ha llegado a 1.169 millones de personas. En este marco, 7.000 puestos de trabajo se han perdido en el periodo 2016-2017, resultante de una creación de 31.000 puestos de trabajo en las zonas urbanas y una pérdida de 38.000 en las zonas rurales. Asimismo en relación al empleo no remunerado está compuesto principalmente (96,8 %) de las amas de casa, que experimentó un descenso de 16.000 posiciones en las zonas urbanas y una creación de empleo de 10.000 puestos de trabajo en las zonas rurales, resultando una pérdida de 6.000 puestos de trabajo a nivel nacional⁶.

También se observa como a nivel nacional, el sector de la “agricultura, forestal y pesca”, después de crear 34.000 puestos en los últimos dos años, ha tenido una disminución de 15.000 puestos netos. Mientras tanto, el "sector industrial", que incluye artesanías, cuya evolución se caracteriza por la inestabilidad entre los primeros trimestres, perdía 14.000 puestos, correspondientes a una

³ http://www.hcp.ma/downloads/Demographie-Caracteristiquesdemographiques-et-socio-economiques-RGPH-2004_r13063.html

⁴ Según datos de población de 2016. Disponible en: <https://www.datosmacro.com/demografia/poblacion/marruecos>

⁵ Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas. *Revision of World Population Prospects* is the twenty-fifth round of official United Nations population estimates and projections that have been prepared by the Population Division of the Department of Economic and Social Affairs of the United Nations Secretariat. Disponible en: <https://esa.un.org/unpd/wpp/>

⁶ SITUACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO EN EL PRIMER TRIMESTRE 2016. Actualidad Internacional Socio laboral nº 2016, pp.100-104. Disponible en: <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista201/100.pdf>

disminución del 1,2 % del volumen de empleo en el sector, en relación a la creación de 9.000 puestos del año 2016.

Por otra parte, el sector de "servicios" ha creado 10.000 puestos de trabajo, que corresponde a un aumento de 0,2 % del volumen de empleo en el sector, en contraposición a la creación de 4.000 puestos el año pasado y creación anual promedio de 110.000 puestos durante los años 2011-2014. Asimismo, el sector de la "construcción y empleo público" ha experimentado una leve recuperación con la creación de 6.000 puestos de trabajo, que representa un incremento del 0,6 % del volumen de empleo en el sector, en contraste al estancamiento el año anterior, y una pérdida anual promedio de 37.000 puestos durante el periodo 2012-2014.

También aparece a partir del análisis las principales características de la población activa desempleada: Casi ocho de diez desempleados (79,2 %) son urbanos (74,9 % para los hombres contra 89,7 % para mujeres).

Casi dos tercios (63,9 %) son de 15 a 29 años de edad (64,6 % para los hombres contra 62,4 % para mujeres).

Casi un tercio (31,6 %) son graduados de nivel superior (23,1 % para los hombres contra 52,4 % para mujeres).

Más de la mitad (53,6 %) son los primeros demandantes (47 % para los hombres contra 69,8 % para mujeres). Dos tercios (66,1 %) están inactivos por un año o más (62 % para los hombres contra el 76,1 % para mujeres).

Y aproximadamente uno de cada tres (30,7 %) se encontraron desempleados después de la terminación del empleo (25,7 %) o el cese de la actividad del establecimiento empleador (5 %)

A lo expuesto, debe apostillarse el hecho de que Marruecos ocupa el lugar 139 de 145 en relación a la desigualdad de género, por debajo del resto de los países magrebíes y retrocediendo 6 puestos respecto a 2014.

En síntesis, a pesar una lenta progresión, la situación de las mujeres en el país está marcada por una desigualdad que comienza en el sistema educativo ya que en la baja tasa de alfabetización de adultos, reafirma este aserto el hecho de que a finales del año 2015, el número de analfabetos jóvenes era de 299.990, de los que el índice de mujeres adultas analfabetas⁷ era del 65,3 % mientras que el hombres era de 34,7 %. Este porcentaje de analfabetismo se incrementa en las zonas rurales, cuyo índice en el caso de las mujeres alcanza el 64,4 %, cuyas causas concretamente en el sector de educación tienen su origen en una pobre oferta educativa y baja calidad de la enseñanza, debido a un doble sesgo. Situación socio-económica familiar y la discriminación endógena de la familia, puesto que se les impide acceder a oportunidades educativas por su condición de mujeres, y se les obligar a realizar acciones de servidumbre hacia los varones de sus familia. A pesar de los esfuerzos que se han realizado tras la adopción de la Carta Nacional de Educación y Formación y la promulgación del decenio para la Educación, y su consecuencia más notoria en este ámbito, la puesta en marcha de la *Estrategia Nacional de lucha contra el Analfabetismo*⁸, los datos aún son preocupantes: 27,5 % de analfabetismo en la población mayor de 15 años (38 % entre las mujeres), diferencia de acceso a la educación entre ámbito rural y urbano, diferencias en el acceso a educación secundaria y superior entre niños y niñas, formación del profesorado, infraestructuras y equipamientos deficitarios, innovación pedagógica, etc. De esta forma se pretende reducir las altas tasas de deserción que se observan en los programas de alfabetización tradicionales. Por todo ello, es palmario que su mercado

⁷ Atlas Mundial de Datos, Marruecos - Población femenina de adultos mayores analfabeta, 2015, <https://knoema.es/atlas/Marruecos/topics/Educaci%C3%B3n/Alfabetizaci%C3%B3n/Analfabetismo-en-mujeres-mayores>

⁸ Este instrumento político implantado desde 2014, se basa en la sinergia de en un sistema de educación no formal y de una iniciativa nacional de educación. Ambas adolecen, sin embargo, de una deficiente formación del personal especializado, como también de una falta de utilidad práctica de los cursos de alfabetización para la vida cotidiana de la población y sus problemas. A través de la misma, el ejecutivo pretende superar el déficit educativo de los grupos desfavorecidos de la población, entre los que se encuentran las mujeres.

de trabajo se encuentre segmentado en la dualización del mercado clásica - formal e informal-, siendo ocupado más de la mitad de este último, por las mujeres⁹.

III. TRATAMIENTO LEGISLATIVO

1. INTERNACIONAL

El principio de igualdad de género se ha ido introducido en su ordenamiento jurídico tras la adquisición de compromisos en la comunidad internacional que como señala Khalid Boukaich (2015: 5) “Son determinantes tanto para definir las líneas estratégicas de la política de igualdad de sexos, como para legitimarla y justificarla “La Constitución marroquí reconoce en su Preámbulo la obligación de acatar *“los principios, derechos y obligaciones que emanan de los Tratados”* de los organismos internacionales¹⁰, y *“reafirma su compromiso ante los derechos humanos según su reconocimiento universal”*. De esta manera, es la única Constitución árabe que, concede a esos tratados un lugar primordial. En este sentido, resulta harto significativo en relación con la materia objeto de estudio, *prima facie*, la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹ que en dos de sus preceptos establece explícitamente la igualdad arts.2 y 16. En el primero, *ex art.2*, proclama que: “(...) todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos sin distinción alguna, incluida la distinción por razón de sexo”. Y el segundo, *ex art. 16. 1*, su tenor literal dispone lo siguiente: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. Del contenido de ambas normas, se observa cómo no se alude en modo alguno a la protección de la mujer trabajadora embarazada y lactante. Debiendo acudir al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹² para comprobar su materialización *ex art. 10.2*, prevé la especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto con la concesión de licencias remuneradas o prestaciones adecuadas de la Seguridad Social, si bien, se refiere de forma ambigua e indeterminada en su formulación al tiempo de duración de la licencia y al nivel de protección que debe garantizarse a esta situación .

Por su parte, la “Convención para la Eliminación de cualquier forma de Discriminación contra las Mujeres” (CEDAW)¹³, de un lado, asocia la discriminación con el contexto social; y del otro, en concreto, *ex art.10*, radicaliza el discurso de Naciones Unidas en relación a la desigualdad que sufren las mujeres. Y circunscribiéndonos al plano estrictamente laboral además de recoger el compromiso de establecer las modificaciones legislativas y administrativas necesarias para la consecución de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, asegurando el acceso igualitario al empleo, en particular, se alude a la protección de la maternidad, en diferentes apartados *ex art.11*, de dicha Convención, en el que se protegen entre otros elementos: la protección de la salud y la seguridad en las condiciones de trabajo, el derecho al subsidio por maternidad y se fomenta la promoción de conciliación del trabajo con la vida familiar, así como la prohibición del despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad.

⁹ Alta Comisión del Plan 2017 Marruecos.

¹⁰ Entre ellos, se encuentra la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos, aprobada en la Conferencia Internacional Islámica, 1981 (homónima a la Declaración de Derechos Humanos), que reconoce la igualdad en su art.2, en su triple vertiente: ante la ley, salario y acceso al trabajo.

¹¹ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, firmada por Marruecos el 3 mayo de 1979.

¹² Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976

¹³ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Aprobada por Marruecos el 22 de junio de 1993. Si bien, dispuso importantes reservas interpretativas vinculadas a la Ley Islámica que, desvirtuaban el contenido material del Tratado en dos preceptos (estas no afectaban al ámbito laboral), a saber: arts. 9.2 y 16. sin embargo, subsisten importantes discriminaciones en materia de derecho de nacionalidad, familia y sucesorio.

Sin embargo, la protección en esta materia más garantías sobre la situación de la mujer embarazada y su protección en el trabajo es realizada por la OIT¹⁴. No obstante, las adhesiones a los tratados internacionales relativos al principio de equidad no se han traducido en una efectiva paridad en el mercado laboral de Marruecos.

2. CONSTITUCIÓN MARROQUÍ

La prohibición de discriminación genérica y su compromiso de abolición por parte de los poderes públicos, se recoge tanto en la parte dispositiva Preámbulo, punto 8, como en su parte dogmática, *ex art.19*, que proclama el principio de igualdad de género. En el mismo sentido, *ex art. 30*, establece la necesidad de prever en la ley “las disposiciones que por su naturaleza favorecen el acceso igual de las mujeres y de los hombres a las funciones electivas” y supone la consagración formal de la paridad y consecuentemente de la igualdad. Sin embargo, la alusión específica a la maternidad, es parca, transversal y englobada junto a otros grupos vulnerables, así lo evidencia *ex art. 34*, en que se contempla que el gobierno elaborará e implementará políticas destinadas principalmente a individuos y grupos con necesidades especiales, entre otros objetivos para tratar y prevenir la vulnerabilidad de ciertas categorías, a saber: mujeres y madres, niños y ancianos, esta inclusión miscelánea ha generado controversias dilatadas en la doctrina iuslaboralista en este país¹⁵. Cuya cristalización se materializó en la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹⁶, que a pesar de su promulgación motivada por la Constitución marroquí y en particular, cumpliendo el mandato dispuesto en el Título II, igualdad entre hombres y mujeres, en la práctica siguen patentes sesgos discriminatorios en materia de género.

3. CÓDIGO DE TRABAJO

A) La igualdad de género

La regulación legal de las relaciones laborales en el país alauita se realiza por el vigente Código de Trabajo¹⁷ aplicable fundamentalmente al sector privado, de ahí que, sus condiciones se regulen por el Código de Obligaciones y Contratos, si bien, desde la última reforma operada en 2004, se aprecia una evolución progresivamente a una mayor protección tuitiva de los derechos sociales paso previo para que esta rama jurídica, el Derecho del Trabajo, y también en materia de Seguridad Social (LSS)¹⁸ adquiera una entidad propia, por este motivo, los cambios que se están realizando pretenden no ser meramente transitorios o provisionales, sino exclusivamente estructurales pues lo que se pretende y se observa es una “estabilización” y “normalización” de los cambios que se están realizando (Monereo Pérez, 2014, 25).

Reflejo de esta vocación de igualdad, se sintetiza *ex art 9 CT, rubricado* “prohibición de discriminación de los asalariados”, por cualquier tipo de causa, entre ellas se alude a la raza, *sexo*,

¹⁴ Sirva de referencia entre otros: En un plano general, los Convenios: núm. 111 de la OIT (1958) sobre la discriminación en el empleo y la ocupación; núm. 3 de la OIT (1919) relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto; núm. 103 de la OIT (1952) relativo a la protección de la maternidad; núm. 183 de la OIT (2000) sobre protección de la maternidad. También en materia de Recomendaciones: núm. 12 de la OIT (1921) sobre la protección de la maternidad; núm. 95 de la OIT (1952) sobre la protección de la maternidad; núm. 123 de la OIT (1965) sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares; y, núm. 191 de la OIT (2000) sobre la protección de la maternidad, entre otras.

¹⁵ Entre otros, El Hajjami, A. “La reforma de la condición jurídica de las mujeres en Marruecos y la cuestión de referencia”, *Abaco: Revista de Cultura y Ciencias Sociales*, núm. 43, pp. 62-63.

¹⁶ Dahir n°1-11-91 du 27chaabane de 1432 (29 julio 2011).

¹⁷ El Dahir núm. 1-03-194 du 14 rejeb 1424 (11 septiembre 2003) establece la promulgación de la Ley 65-99 del Código de Trabajo, publicado en el Boletín Oficial del Estado (8-12-2003) y entrada en vigor seis meses después por el Boletín Oficial, núm. 5210, de mayo de 2004. Modificado por *Loi núm. 03-14 de haoual* 1435 de 22 agosto de 2014. (MAR-2014-L-93638)

¹⁸ Dahir núm.1-72-184 du 15 jomada II 1392 (27 julio 1972), relativo al régimen de Seguridad Social. Entrada en vigor: 27de julio de1972.

religión, opinión política, afiliación sindical, situación conyugal¹⁹, origen social, etc. A continuación en el párrafo siguiente, se aplican cuestiones de género al ámbito del trabajo, manifestando que esta concretiza en dos dimensiones:

- a) Igualdad de oportunidades (contratación, formación, periodo de prueba, etc.);
- b) Igualdad de trato (salario, promoción, cambios de puestos, despido, ventajas sociales²⁰, etc.).

En consonancia con el contenido de los Convenios nº 100 sobre –igualdad de remuneración²¹ y 101 de la OIT –sobre empleo y discriminación²²- (En este sentido conviene advertir que la legislación alauita se basa primordialmente en los convenios y recomendaciones de la OIT).

De lo que se desprende que existe una prohibición *ex lege* de la discriminación en materia de empleo²³ fijada en dos premisas básicas. La primera, que la mujer puede prestar su libre consentimiento para celebrar un contrato de trabajo (tras la reforma de la Mudawana promulgada en Febrero de 2004). Y la segunda, que la mujer independientemente de su estado civil, puede adherirse a un sindicato y participar en el mismo (art 12), siendo punible para el trabajador que vulnere esta libertad según la actual legislación²⁴ penas de prisión de una duración de hasta seis meses a las personas que cometen acoso sexual contra la mujer, y duplica la sanción si el autor es compañero de trabajo de la víctima (hay que recordar que la anterior legislación era más laxa aún, infracción con sanción pecuniaria que en caso de reincidencia, puede implicar el despido o privación de libertad hasta un máximo de 3 meses). Si bien, resulta incongruente, que el derecho de libertad sindical cuya sistematización se imbrica en el mismo art 9 junto al principio de igualdad, no recoja ni se pronuncie sobre el derecho de huelga como tampoco lo hace frente a lesiones de conductas antisindicales empresariales por lo que a mi juicio no ofrecer a todos los destinatarios garantía constitucional. En este sentido, conviene recordar la escasa participación sindical de las mujeres obedece fundamentalmente a dos premisas básicas: una, que los problemas de las mujeres como trabajadoras y como mujeres no han sido asumidos por el movimiento sindical marroquí; y por otro lado, los obstáculos que subsisten en la mentalidad dominante que considera a las mujeres como eternas menores, además de la dificultad de conciliación familiar con la compatibilización el trabajo dentro y fuera de casa, lo que absorbe la mayoría de su tiempo.

B) La maternidad

Retomando el tema de este trabajo, la maternidad, su regulación se contempla en los artículos 152 a 165 del CT para la trabajadora por cuenta ajena y autónoma. Su ubicación sistemática se realiza inserta en el Capítulo II, del Título II del CT. En el art 152, establece un permiso de maternidad de catorce semanas (art. 34 LSS), una vez acreditado el embarazo por certificado médico, que pueden

¹⁹ En el año 2011, un total de 56.198 casos de divorcio se registraron en el año 2011. De 64.729 solicitudes judiciales, el mismo año, 38.435 se registraron por las esposas. Muchas de ellas pedían el divorcio por falta de entendimiento, por violencia, por falta de comunicación o por insatisfacción sexual. Conviene recordar que en Marruecos “Una mujer divorciada está siempre condenada por la sociedad, está acusada como responsable de lo que le ocurra”. Consulta en línea efectuada 28 Mayo de 2015. <http://www.mundiaro.com/articulo/sociedad/mujeres-marruecos-recurren-cada-vez-mas-divorcio/20130725234050007439.html>

²⁰ El art. 31 de la Constitución estipula que "el Estado, los entes públicos y las entidades territoriales obran por la movilización de todos los medios disponibles para facilitar el acceso igualitario de las ciudadanas y los ciudadanos a las condiciones que les permitan gozar de los derechos a (...) la protección social, cobertura médica y solidaridad mutualista u organizada por el Estado".

²¹ Ratificado por Marruecos el 11 mayo 1979.

²² Ratificado por Marruecos 27 marzo 1963.

²³ El derecho marroquí consagra, en el Código de Trabajo y la Ley de la Seguridad Social de 1972 en su reforma, el principio de la igualdad de trato, en particular respecto de la remuneración, de las condiciones de acceso al empleo y de las condiciones de trabajo. Además, el preámbulo de dicho código prohíbe toda medida destinada a socavar la estabilidad de los salarios en el trabajo por uno de los motivos siguientes: a) La participación en un conflicto colectivo; b) El ejercicio del derecho de negociación colectiva; c) El embarazo o la maternidad; y, d) La sustitución definitiva de un obrero que haya sido víctima de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional antes de que finalice el período de su recuperación.

²⁴ Ley 103-13 contra la violencia de género de marzo de 2016.

incrementarse mediante contrato de trabajo, convenio colectivo o reglamento interno de la empresa. De otra parte, como no podía ser de otra forma, permite que el periodo de descanso se fraccione, pero esta segmentación debe realizarse en dos periodos de duración idéntica -7 semanas cada uno de ellos-, cuyo disfrute debe efectuarse uno anterior y el otro siguiente al parto, a voluntad de la trabajadora (no ampliables en el supuesto de parto múltiple) y añade que, mientras tanto, el contrato se encuentra suspendido. Lo cual presupone tácitamente -con derecho a su remuneración-. Para tener derecho subjetivo a este subsidio se requiere la sinergia de la concurrencia de los requisitos objetivos de profesionalidad: *afiliación, alta y*, en su caso, cotización y, el requisito de territorialidad, -estar domiciliada en Marruecos -. *Inter alias*, la afiliación exigida es 54 días cotizadas ininterrumpidamente durante los diez meses de afiliación anteriores a la fecha de baja laboral. Consecuentemente, si las empresas contratan a las mujeres ya estando embarazadas, son ellas las responsables del pago del subsidio y no la Seguridad social, lo que hace que las empresas desistan de contratar a las mujeres gestantes, por la imposibilidad fáctica de tener cotizados el periodo mínimo exigido -diez meses anteriores a la baja por maternidad- .

En cuanto a la cuantía de la prestación, será del 100 % de la base reguladora correspondiente que en todo caso no puede superar las 6000 dirhams (543.83€ aproximadamente). A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso.

Asimismo inherente a la prestación económica, se encuentra la prestación sanitaria, esta tiene por objeto proteger a la madre y al hijo durante el embarazo, el parto y el periodo postnatal, teniendo derecho por ello, a los exámenes y reconocimientos médicos que sean necesarios para ambos.

Seguidamente, *ex art.* 153, prohíbe ocupar a mujeres que hayan dado a luz durante las 7 semanas consecutivas al parto. ¿Pero qué ocurre si se producen complicaciones durante el embarazo o el alumbramiento? ¿No se trata de un derecho de la mujer o por el contrario a quien se protege realmente es al empresario? En este caso, de forma excepcional el legislador admite la posibilidad de que en caso de que la fecha real de parto se retrase con respecto a la fecha prevista, el periodo de permiso previo al parto podrá prolongarse ampliación del plazo hasta 22 semanas (previa acreditación médica -que presuponemos en cual debe encontrarse transcrita la fecha probable de parto- y notificación por escrito de la trabajadora de la fecha de su incorporación al trabajo). En relación a la forma exigida para esta notificación, la respuesta la ofrece *ex art.* 154, que exige a la trabajadora la obligación tipificada en dicho precepto, de comunicación escrita antes del parto, a través de carta certificada con acuse de recibo, debiendo especificar el motivo de la ausencia y la fecha de que tiene la intención de reanudar su trabajo. A renglón seguido, el art. 155, contempla el supuesto de que en caso de dificultad durante el embarazo y siempre por prescripción médica, la suspensión del contrato y por tanto, el disfrute del descanso se puede ampliar a veintidós semanas, cuya distribución debe hacerse del siguiente modo: 8 semanas anteriores a la fecha presumible del parto y el resto 14, se deben reservar para su disfrute con posterioridad al mismo.

En relación a las empleadas públicas, su situación en caso de maternidad además de diferenciada es privilegiada, si la comparamos al resto de mujeres que prestan sus servicios en el mercado de trabajo marroquí. Evidentemente la duración de la jornada es idéntica también esta se ha incrementado pasando de 12 a 14 semanas²⁵ También se extiende este derecho al aborto natural después del séptimo mes de embarazo, y que permite a las empleadas del sector público seguir percibiendo la remuneración total durante toda la licencia. La ampliación de esta licencia está sujeta a las normas que rigen la licencia de enfermedad de corta duración, por las que se prevé el pago del total de la remuneración durante los tres primeros meses, y la mitad, durante los tres meses adicionales en el mismo año. Conforme a la sección 59 del Reglamento General que rige la Función Pública, toda madre que desee dedicarse a la crianza de un hijo menor de cinco años de edad, o cuyo

²⁵ Ley no 50-05 promulgada por el Dahir, de 18 de febrero de 2012, Boletín Oficial, No 5944, 19 de mayo de 2011, página 1653.

hijo sufre una enfermedad que requiere cuidados y atención permanentes tendrá derecho, previa solicitud, a un período de servicios no activos hasta que la situación se supere. También conviene advertir que, en la función pública, no hay disposiciones equivalentes a las del Código del Trabajo en relación con las condiciones de trabajo y la lactancia; sin embargo, es práctica habitual que, hasta que el hijo cumple el año de vida, la madre goce de una pausa para lactar, de 30 minutos por la mañana, y de otra similar por la tarde. Desde el punto de vista jurídico, la cobertura de la atención de salud de la madre y el hijo se enmarca en el mismo Régimen de Seguro de Salud Obligatorio que cubre tanto a las trabajadoras del sector público, como a las empleadas de empresas privadas. Sin embargo, en la práctica, la Caja Nacional de Organismos de Previsión Social (CNOPS) administra el régimen correspondiente a las empleadas del sector público, y la CNSS, correspondiente a las demás empleadas. Ello se debe a que, para preservar los derechos adquiridos anteriormente por las empleadas del sector público en virtud de sus Mutualidades de Seguro de Salud, es preciso exceder las tasas nacionales, y las mutualidades participantes tienen que proporcionar una cobertura adicional (Cruz,2012,69).Y por este motivo las empleadas del sector público gozan de mayor protección²⁶. En consecuencia, a las empleadas públicas les basta con registrar el embarazo de la manera prevista por el régimen de maternidad, para beneficiarse de una interrupción laboral percibiendo la totalidad del salario y tienen derecho a la asistencia sanitaria cubierta por la Mutualidad correspondiente.

C) Cuidado de hijo

Figuran contemplados en los arts. 156-158, en el primero, se refiere a la posibilidad de poder disfrutar de suspensión para atender al cuidado del hijo recién nacido, este caso, sólo se reconoce si hay una comunicación de preaviso al empresario *ope legis*, que podrá solicitarlo y disfrutarlo hasta un máximo de 90 días, claro está ya sin derecho a remuneración, que podrá ampliarse hasta 1 año (la excedencia en el Código de Trabajo marroquí se pueda acceder por acuerdo con el empresario pero no es un derecho individual que tiene la trabajadora) en el que se le garantizara todos los derechos laborales que tuviera anteriores a la suspensión (reserva al puesto de trabajo). Por el contrario, si la trabajadora decide rescindir unilateralmente su contrato por causa del embarazo no existe obligación de preavisar por parte de esta, ni tampoco del empresario de abonar indemnización alguna. Sin embargo, si no se dan los dos supuestos anteriores -no preavisa ni comunica su dimisión al empresario y finalizado el periodo de descanso maternal no se incorpora al trabajo, está deberá indemnizar al mismo en base al principio recogido en este ordenamiento de que *“la falta de respeto del plazo de preaviso hace responsable a la otra parte incumplidora de abonar a la otra una indemnización equivalente al salario correspondiente a los días de trabajo no preavisados”*, obligación que se contempla para todos los casos tanto de despido objetivo como en caso de extinción de contratos independiente de la causa que lo origina. Debido a la proyección del principio contractual de la libre voluntad de las partes herencia del derecho francés, que subyace en el Código de Trabajo, marroquí, de modo que el incumplimiento de las obligaciones recíprocas faculta a la contraparte para ejercitar la acción resolutoria y consecuentemente debe proceder a su resarcimiento mediante el pago de los daños y perjuicios ocasionados por los días dejados de insistencia sin preaviso al trabajo²⁷.

Inter alia, en principio opera la protección de la maternidad ante el despido, para ello, se protege a la trabajadora despedida dentro de los 8 meses anteriores al parto o si este se produce 14 semanas después al mismo o durante el periodo de suspensión del contrato derivado de la enfermedad provocada por el parto o embarazo, la ley presume *iuris tantum*, que el despido obedece al estado de embarazo. En consecuencia, cuando el despido se produzca en el periodo señalado *ut supra*, se produce indubitablemente no sólo la vulneración del derecho al ser discriminada por razón de sexo

²⁶ En el caso de la CNSS, las tasas se basan en la tasa nacional oficial, que es del 70 por ciento de los gastos realizados, con sujeción a una escala máxima de entre 500 y 3000 dirhams por parto normal, y de entre 2.620 y 8000 dirhams en caso de cesárea.

²⁷ Tal y como constata, STSJ M 13328/2007 del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social de Madrid, Recurso Suplicación suscribió un contrato de trabajo entre la actora y el entonces denominado Ministerio de Comercio y Turismo, para prestar servicios como "Auxiliar" en la Oficina comercial de España en Rabat, indicándose que "las disposiciones legales sobre seguridad y previsión social serán observadas con arreglo a la legislación del país sede de la oficina comercial.

sino que, se produce su imbricación en discriminación por razón de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación”. Por todo ello, la trabajadora podrá realizar el derecho de opción, consistente en reincorporarse a su puesto de trabajo, o bien solicitar una indemnización por daños y perjuicios. En el primer caso, acudirá a una conciliación previa que si se llega a acuerdo no es susceptible de recurso o aceptar la indemnización cuya cuantía será equivalente al salario de 1 mes y medio por año de servicio o fracción con un máximo de 36 mensualidades. Sin embargo, no caben estas opciones expuestas en caso de producirse una de estas tres excepciones legales, a saber: la primera, que esta hubiera cometido una falta tipificada como muy grave; la segunda, que se encuentre en uno de los supuestos previstos legalmente, es decir que, se trate de un despido objetivo motivado por el funcionamiento de la empresa; y la tercera y última, que se hubiera celebrado un contrato de duración determinada y este hubiera expirado su plazo de vencimiento durante el embarazo o parto, ya que en este supuesto, no se trata de despido sino de extinción por producirse la fecha establecida en el contrato. En todo caso, para poder recurrir la decisión empresarial de despido por motivo de embarazo por parte de la actora la carga de la prueba *recae* sobre la misma, para ello debe acreditar que comunica en el plazo legal previsto su situación de embarazo siendo la prueba indicaría de esta realidad -el certificado médico- que debe demostrar haber comunicado al empresario mediante acuse de recibo del mismo, es decir, prevalecen los requerimientos organizativos y económicos de la empresa, en atención a la relevancia general del interés de la trabajadora (Fernández López, 2015,67). En estos casos la jurisprudencia mayoritaria entiende que la trabajadora es la que debe probar que el despido constituye una práctica discriminatoria y que la maternidad fue el motivo determinante del despido. A su vez, correlativamente el empleador *a contrario sensu*, también debe acreditar que las causas de despido fueron justas -art 160- (es decir, disciplinaria o por motivos económicos). Como corolario a lo expuesto, en la praxis se deduce que se relativiza el despido por motivos de maternidad y que” la garantía de indemnidad” se encuentra debilitada en caso de maternidad por este ordenamiento jurídico.

A colación con lo expuesto, se plantea la disyuntiva que si tiene la obligación o no la trabajadora de efectuar una declaración previa de su situación al empresario de su estado físico o por el contrario, al tratarse de un derecho personal a su intimidad, la trabajadora lo único que tendría que evidenciar en el juicio sobre el despido es el dato incontestable de su situación de embarazo. Considero que a la vista de si la trabajadora conoce de su estado antes del inicio de la relación laboral y no se lo comunica al empresario por *mor* de no ser contratada, existe una evidente mala fe por parte de la misma ser despedida, no parece razonable, ni acorde a derecho que pueda desplegarse completamente la obligación resitutoria del empresario que impone la norma, pues supondría tanto como institucionalizar una responsabilidad objetiva y automática sin límite y sin cobertura legal (Cairós Barreto,2010,106).

D) Lactancia del menor

El cuidado y atención de un hijo menor de doce meses justifica que no sólo la lactancia, natural o artificial, sino también prestar la atención y el cuidado por la madre al menor según predica ex art.161 del CT, que reconoce exclusivamente este derecho a las trabajadoras, una vez que finaliza el descanso por maternidad y la trabajadora tiene que volver a su puesto de trabajo puede disponer de dos pausas de media hora de descansos diarios durante la jornada laboral durante un plazo de 12 meses, no se admite reagrupar ambos descansos ni salir antes del trabajo, es decir, no se puede acumular el tiempo de ausencia (normalmente una hora diaria) en jornadas completas. Claro está que, al tratarse de periodos previstos dentro del tiempo de trabajo su carácter es remunerado.

A continuación *ex* art.162, prevé la protección postnatal para la lactancia de que se proporcionen espacios físicos funcionales articulados a este fin, tradicionalmente han figurados imbricados como derechos concebidos de forma conjunta, y no como dos derechos independientes. Esta norma prevé la existencia de “salas de lactancia”, subordinadas al número de trabajadores, de modo que, sólo es

preceptiva en empresas cuyo número sea de más de 50 trabajadores²⁸ mayores de 16 años (debajo de esa edad presumiblemente no hay embarazos), asimismo también simultáneamente a estas se les puede dar el uso de “guarderías infantiles”, conviene advertir que la existencia de estas salas es *facultativa* y por tanto, sus requisitos, control y funcionamiento se encomiendan a la autoridad gubernativa en caso de que existan - Inspección de Trabajo -.

Por su parte, el acápite siguiente, art 163, también extiende esa *presunta responsabilidad social corporativa*, al resto de empresas aunque no alcance el número requerido por la ley (pero no hay que obviar, de que se trata de una mera recomendación sin carácter coercitivo alguno) nos preguntamos si en esta caso, no se está grabando a la mediana y gran empresa y beneficiando consecuentemente a las pymes. De modo que, al sujeto activo del tipo penal la se impone en toda la materia objeto de análisis, sólo sanciones pecuniarias de multas cuya cuantía es irrisoria -2000 a 20.000 Dírhams- (es decir, de 20 € a 200 €) ¿Qué ocurre en caso de impago por parte del empleador? De modo que, las sanciones no son adecuadas a la gravedad del bien jurídico tutelado, de lo que se deduce lo fácil y barato que es despedir a una mujer en Marruecos incluso por maternidad.

E) Prohibiciones y restricciones impuestas a las mujeres por la maternidad

Reflejo de todo lo expuesto, es su traslación en limitaciones o restricciones de derechos , en este sentido, Hasta la reforma de 2004, se establecía la prohibición del trabajo nocturno de la mujer²⁹, desde la perspectiva androcéntrica, esta norma que no es más que paradigma del dicotomismo sexual, que viene a beneficiar a las mujeres al “protegerlas” de ciertos peligros, pero en el fondo beneficia a los hombres al ofrecerle espacios exclusivos de trabajo y excluirlas de posibilidades laborales. Actualmente se le debe proveer transporte entre el lugar de trabajo y la residencia; además, cada dos días de trabajo nocturno habrá un período de descanso de 11 horas como mínimo, incluido el período de trabajo nocturno. El término "nocturno", sigue siendo idéntico al recogido en el Dahir de 1947 que prohibía a las mujeres la prestación laboral nocturna, según los arts. 13 y 14 del mismo Dahir, significa el trabajo ejecutado entre las 22 horas de la noche y las 5 de la mañana siguiente y, las mujeres deben beneficiarse de un descanso, por lo menos, durante un período de 11 horas consecutivas(art 174 del CT) que se pueden reducir a 10 horas en los siguientes supuestos: fuerza mayor, prevención de accidentes inminentes, actos de salvamento o reparación de averías imprevisibles (art 176 del CT). En este sentido, el art 173 del CT modifica su delimitación horaria y es más exhaustivo al segmentar el horario en función del tipo de actividad a desarrollar agrícola o las que no tienen este carácter, señalando al efecto que el trabajo nocturno es el que se desarrolla entre las 21 y 6 horas para las actividades no agrícolas (establecimientos industriales y por ende, excluye de su campo de aplicación a los establecimientos que sólo emplean miembros de una misma familia) y entre las 20-5 horas en las agrícolas³⁰. En ambos casos, el tiempo de trabajo excede de las 7 horas dispuestas en el Convenio num.171 de la OIT como periodo máximo. Sobre este punto, conviene recordar que Marruecos, tiene firmado pero no ratificado el Convenio núm. 171 de la OIT, que fija en su art. 1.a) la duración de la jornada en siete horas consecutivas, cuyo intervalo está comprendido entre medianoche y las cinco de la mañana y que no coincide consecuentemente con lo dispuesto en la legislación laboral marroquí.

También se prohíben la realización de trabajos insalubres y peligros. En relación al primero, el art 179, prohíbe que estas presten sus servicios en canteras así como en el fondo de las minas, a *sensu contrario*, se admite en el trabajo subterráneo que se realiza en el interior de la mina. Por su parte, el art 180, extiende la prohibición de trabajos penosos a cielo abierto, en galerías o fondo de las minas.

²⁸ En concordancia con la materia de prevención que los médicos del trabajo que son obligatorios si la empresa alcanza el número de 50 asalariados, deberán entre sus actuaciones supervisar las condiciones de higiene del lugar de trabajo, efectuar controles periódicos, realizar revisiones a los trabajadores expuestos a riesgos, entre ellos: mujeres embarazadas, madres, con hijos menores de dos años, mutilados y minusválidos(arts. 304-344)

²⁹ Dahir de 2 de julio de 1947 por el que se reglamenta el empleo, artículo 12.

³⁰ El art. 14 del Dahir del 24 de abril, de 1973, que establece las condiciones de empleo y remuneración de los trabajadores agrícolas, dispone que no se puede emplear a las mujeres en ninguna clase de trabajo nocturno, a reserva de las derogaciones que pueda introducir el funcionario encargado de la Inspección del trabajo en la agricultura.

Precepto que debe ser puesto en correlación con el acápite siguiente que dispone que entre otros grupos las mujeres, justificando su no empleabilidad en los lugares de las minas señalados en el artículo precedente, por motivos del peligro que entrañan para las mismas es excesivo, además de quebrantar las buenas costumbres, de ahí que, se prevea establecer reglamentariamente un listado sobre estos trabajos prohibidos (art 181) y cuantías en caso de infracción por parte del empresario de escasa relevancia, en concreto estas oscilan de 300 a 5000 dírham, según la gravedad y reincidencia de las mismas.

IV. CONCLUSION

La incorporación de la mujer al mundo del trabajo ha supuesto nuevos retos y desafíos que aún no se han superado. Tradicionalmente ha sido objeto de una triple discriminación debido a la sinergia de una triada de factores: mujer, sociedad patriarcal y componente religioso. Esto ha generado su ancestral desprotección, cuyo reflejo se visibiliza en la infra protección contemplada en su legislación en materia de derechos de conciliación, sirva de paradigma los plazos concebidos para disfrutar en relación a dichos derechos: a) Maternidad: catorce semanas. Obligatorio un mínimo de siete semanas continuadas después del parto; Lactancia: media hora por la mañana y media hora por la tarde durante el año siguiente a su incorporación al trabajo después del parto (no se admite acumulación en el tiempo de ausencia); Por nacimiento de un hijo: tres días; Por matrimonio del trabajador: cuatro días; Por matrimonio de hijo: dos días. Por fallecimiento del cónyuge: dos días; Por fallecimiento del hijo: tres días; Por circuncisión: dos días; Por operación quirúrgica del cónyuge o hijo: dos días, entre otros.

Si a ello se suma, la segmentación dual de su mercado laboral: formal e informal, y su predominio en más de la mitad de este último de las mujeres, donde hasta el año 2016, permanecían excluidas de su ámbito subjetivo de aplicación las empleadas de hogar³¹, que la *ley data* exige requerimientos espaciales para contratar a trabajadores domésticos, entre los cuales se determina que los contratos deben ser por escrito, los límites de las horas de trabajo semanal, la garantía 24 horas continuas de descanso por semana, un salario mínimo establecido y sanciones financieras para los empleadores que violen la ley. Además, la reforma otorga medidas de protección a trabajadores infantiles, estableciendo la edad mínima de trabajo de 16 años, y para trabajadores con sustancias peligrosas, la edad mínima de 18 años. A pesar de estas reformas necesarias, aún persiste la exclusión de las actividades de comercio artesanal, siempre que el número de trabajadores sea igual o inferior a cinco o se trata de comercio minorista prestado por familiares del empresario. Además, la discriminación contra la mujer en el empleo está institucionalizada en profesiones femeninas. Las trabajadoras domésticas y las que trabajan en las industrias de agro-exportación y artesanía tiene derechos significativamente menores por la ley, como el salario mínimo y horarios de trabajo. Con frecuencia, ni siquiera estos derechos reducidos son respetados por los empleadores y no se hacen cumplir.

También es menester precisar que, otros derechos inherentes a la conciliación familiar, no son contemplados por su ordenamiento jurídico interno, sirva de paradigma la licencia parental ni tampoco la licencia de paternidad (no existe ninguna norma de la OIT que regule ambas licencias) correspondiendo a la legislación interna establecerla, hecho que no se ha producido en Marruecos, por lo que la única posibilidad que le resta al progenitor es el acuerdo contractual con el empresario por parte de la trabajadora o suyo propio o tener la suerte de que el convenio colectivo así lo prevea. Hay que tener presente, que estos tipos de licencia pueden ayudar a los trabajadores que acceden a ellos a conciliar el trabajo y la vida familiar y, si dicho acceso está al alcance de ambos progenitores, pueden ser instrumentos eficaces para el fomento de la igualdad de género. Asimismo conviene matizar que tampoco se regula la situación de riesgo de embarazo ni tampoco de lactancia vinculada a su consideración como riesgo profesional. En los supuestos en que la lactancia natural del hijo se

³¹ Ley n° 19-12 du 10 Agosto 2016, fija las condiciones de trabajo y empleo de las trabajadoras /es domésticos, y Decreto n° 2-17-356 du 27 septiembre 2017, de desarrollo que completa la lista de trabajos en los que se prohíbe contratar a trabajadores domésticos de edad entre 16 à 18 años. Boletín Oficial n° 2017-12-21, n° 6632, p. 1410

mantiene más allá de las 14 semanas, y continúa sin ser posible la adaptación de condiciones o del tiempo de trabajo, o la movilidad hacia un puesto sin riesgos para la trabajadora, se produce una laguna jurídica que provoca el efecto indeseado de ausencia de protección, puesto que el legislador ante esta *vacatio legis*, el sistema no prevé protección alguna al respecto. De modo que, ni el Sistema de Seguridad Social asume la protección, ni se traslada al empresario la obligación. Dejando de nuevo al azar su posible regulación en la negociación colectiva y no en la *lex data* como considero que debería realizarse.

Empero, esta comprobación, no por realística deja de reclamar diversas advertencias de bulto, la conciliación de la vida laboral y familiar no es el único desafío, sino que subyacen problemas de fondo no resueltos como la desigualdad de trato en el trabajo, diferencias salariales, y de condiciones de trabajo, hacen que pesar de que el nuevo texto constitucional, cree el andamiaje jurídico para la igualdad de género en todos los ámbitos y consecuentemente también en el laboral, esta evolución sea lenta y paulatina y hoy por hoy, las desigualdades no sólo existan sino que también persistan. Y un cambio de modelo, exige no sólo que se realicen adhesiones a tratados internacionales relativos al principio de equidad, sino que es preciso que existan leyes específicas que favorezcan la igualdad, que esta se reconozca formalmente; y que las políticas públicas doten a sus mecanismos institucionales de medios necesarios para exigir el cumplimiento de la ley como ocurre con la ineficiencia de las “inspecciones laborales”, así como que las condiciones, la higiene y la seguridad del trabajo se encuentren, frecuentemente, por debajo de las normas establecidas, queremos una igualdad sustantiva y material *hic et nunc* que es lo que exigen, reclaman y merecen las mujeres alauitas. Además, la discriminación contra la mujer en el empleo está institucionalizada en profesiones femeninas. Las trabajadoras domésticas y las que trabajan en las industrias de agro-exportación y artesanía tiene derechos significativamente menores por la ley, como el salario mínimo y horarios de trabajo. Y con frecuencia, ni siquiera estos derechos reducidos son respetados por los empleadores y no se hacen cumplir.

CAPÍTULO VI. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CUIDADORES FAMILIARES: UNA INICIATIVA DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA¹

ELISABET ERRANDONEA ULAZIA

*Profesora TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*

I. INTRODUCCIÓN

La idea del tema de esta comunicación surge a partir de la noticia de una iniciativa que se ha dado a conocer desde la Diputación Foral de Bizkaia. Esta institución está trabajando en la elaboración del llamado “Estatuto de las personas cuidadoras” que incluye diversas medidas dirigidas a estas personas. Se trata principalmente de promover la formación y de la constitución de una Entidad de previsión social voluntaria a la que la entidad foral realizará contribuciones económicas en la misma medida en que las personas cuidadoras decidan hacerlo de forma voluntaria.

A raíz de esta iniciativa hemos considerado interesante recordar cuál es la situación actual de la normativa en esta materia así como los datos relativos a esta prestación dirigida a los cuidadores familiares.

No podemos dejar de mencionar desde el principio de esta comunicación, la dimensión de género que presenta esta materia y que ha sido puesta de relieve en el *Informe de la Comisión para el análisis de la situación actual del sistema de la dependencia, de su sostenibilidad y de los actuales mecanismos de financiación, para evaluar su adecuación a las necesidades asociadas a la dependencia*². La conclusión número 11 de este informe sostiene que “Es necesario elaborar un profundo análisis desde una perspectiva de género que preste especial atención a la gestión de los cuidados en el entorno familiar, comprobando si en el desarrollo de la Ley 39/2006 se están teniendo en cuenta las necesidades específicas de las mujeres cuidadoras, tanto profesionales como no profesionales, o por el contrario, si se están reforzando los clásicos roles que por cuestiones de género se asignan en el sistema patriarcal. Así mismo, es importante que se consideren las necesidades específicas de las mujeres que reciben los cuidados, puesto que son mayoría entre la población con situación de dependencia reconocida.”

II. LA SITUACIÓN ACTUAL EN CUANTO A LOS SERVICIOS QUE SE PRESTAN EN MATERIA DE DEPENDENCIA

No pretendemos en este punto hacer una descripción del conjunto de aspectos relacionados con el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sino simplemente señalar algunas cuestiones que consideramos más significativas en cuanto a la evolución de los servicios prestados en esta materia. Como es sabido, la planificación inicial prevista para el desarrollo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se vio sustancialmente modificada en muchos de sus aspectos como son su calendario de desarrollo, el baremo de valoración, la financiación, el contenido y la intensidad de los servicios previstos, las cuantías de las prestaciones económicas, la compatibilidad entre prestaciones y servicios o la inclusión de las cuidadoras familiares y de sus

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de la ayuda a grupos de investigación de la UPV/EHU (ref. GIU15/04) cuyo título es Derecho transnacional del trabajo y transporte. IP Olga Fotinopulos.

² IMSERSO: *Informe de la Comisión para el análisis de la situación actual del sistema de la dependencia, de su sostenibilidad y de los actuales mecanismos de financiación, para evaluar su adecuación a las necesidades asociadas a la dependencia*, 6 de octubre de 2017, pág. 103.

cotizaciones en un régimen de la Seguridad Social; de tal forma que su implantación se vio retrasada y sufrió ajustes financieros importantes en su fase de desarrollo³.

La Ley 39/2006 contempló un abanico de prestaciones destinadas a promover la autonomía personal y a atender las necesidades de las personas con dificultades para realizar las actividades básicas de la vida diaria. De acuerdo con el artículo 14 de esta Ley, las prestaciones de atención a la dependencia pueden tener bien naturaleza de servicios, bien de prestaciones económicas. Los servicios previstos en el catálogo del artículo 15 de la misma norma tienen carácter prioritario y han de ser prestados por las Comunidades Autónomas a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales mediante centros y servicios públicos o privados concertados.

El mismo artículo 14 establece en su apartado 3 que en caso de que la atención precisa no pueda prestarse a través de dichos servicios, se podrá incorporar a los convenios suscritos entre la administración General del Estado y las administraciones autonómicas la *prestación económica vinculada al servicio*⁴. Y es a continuación de ésta cuando el propio artículo 14 contempla que las personas beneficiarias podrán recibir de forma excepcional una *prestación económica para ser atendidas por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención*.

El artículo 18 de la misma Ley reitera el carácter excepcional de dicha prestación económica para cuidados familiares cuando la persona beneficiaria está siendo atendida por su entorno familiar.

Sin embargo, las primeras valoraciones realizadas en torno a la implantación de la Ley 39/2006 pusieron de manifiesto que la entrada en vigor de dicha Ley trajo pocos cambios en cuanto a la forma de atender las situaciones de dependencia que se daba en la práctica. El *Informe final del grupo de expertos para la evaluación del desarrollo y efectiva aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, de septiembre de 2009, afirmaba a los tres años de la entrada en vigor de dicha ley, que el modelo de atención a las situaciones de dependencia seguía siendo el tradicional: mayoritariamente se seguían combinando los cuidados familiares (cifrados en un 51,5 %) y el recurso de las residencias (cifrado en un 19,4 %) ⁵. Los servicios domiciliarios suponían un 10,4 % de las prestaciones y los centros de día/noche un 5 %. Mientras que las prestaciones más innovadoras como la del asistente personal (0,10 %) o los servicios de prevención y promoción de la autonomía personal (0,39 %) presentaban cifras marginales dentro del sistema⁶.

Dicho informe constata que en ese momento, la concesión de la prestación económica para los cuidados familiares en el domicilio ocupaba un lugar destacado en los planes individuales de atención. Y los factores que explicaban este dato eran: su bajo coste, una gestión administrativa relativamente rápida y barata, una oferta insuficiente de servicios y el respeto a la libertad de elección que tenía un peso creciente en el Programa Individual de Atención. Todo ello hizo que la excepción se convirtiera en la regla dominante. A los citados factores añadía también la necesaria aportación económica de los familiares para acceder a los recursos contenidos en la cartera de servicios, mientras que en el caso de la prestación económica para los cuidados familiares, ésta suponía un ingreso para la economía familiar⁷.

Se trataba de los primeros años de aplicación de la Ley, en los que el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se encontraba en los momentos iniciales de su expansión y era de

³ ASOCIACIÓN ESTATAL DE DIRECTORES Y GERENTES EN SERVICIOS SOCIALES: *XVIII Dictamen del Observatorio de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia*, 31 de diciembre de 2017, pág. 4.

⁴ Esta prestación está prevista en el artículo 17 de la Ley 39/2006, y según éste, tiene carácter personal y está vinculada a la adquisición de un servicio.

⁵ CERVERA MACIÁ, M. *et al.*: *Informe final del grupo de expertos para la evaluación del desarrollo y efectiva aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, Primera parte*, septiembre de 2009, pág. 26 y ss.

⁶ *Ibidem*, pág. 27. Los datos son de fecha 1 de septiembre de 2009.

⁷ *Ibidem*, pág. 27 y 28.

esperar un mayor desarrollo de los servicios contemplados en la misma así como una mayor demanda y utilización de los mismos.

Esta situación ha cambiado considerablemente tras más de once años de la entrada en vigor de la Ley 39/2006, que a pesar del ya mencionado retroceso sufrido en su fase de expansión, ha vuelto a experimentar un lento avance en los últimos años.

De acuerdo con los últimos datos publicados por el IMSERSO⁸, del conjunto de prestaciones dispensadas dentro del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia un 32,12 % son prestaciones económicas para el cuidado de familiares, cifra ésta que no permite considerarla como una prestación excepcional tal y como está previsto por la Ley 39/2006, sino que sigue teniendo un peso muy importante. Dicha prestación económica experimentó una progresiva disminución a partir de la implantación del Real Decreto-ley de julio de 2012, que redujo las cantidades a percibir, causa ésta a la que hay que añadir el incremento de los servicios en detrimento de la prestación económica por cuidados familiares, así como la eliminación de la financiación de las cuotas a la Seguridad Social de las personas cuidadoras⁹. Aunque el número de personas beneficiarias de esta prestación económica por cuidados familiares ha vuelto a aumentar desde el año 2016.

Por otra parte, la atención residencial se sitúa en un 13,16 %, los centros de día/noche en un 7,6 %, la ayuda a domicilio en un 17,07 %, la teleasistencia en un 15,78 % y los servicios de prevención de la dependencia y promoción de la autonomía personal en un 4,06 %. Mientras la prestación económica vinculada al servicio se cifra en un 9,68 % y la prestación económica de asistencia personal en un 0,54 %¹⁰.

Debe tenerse en cuenta que los datos expuestos son datos globales del conjunto del Estado y que las diferencias son apreciables de una Comunidad Autónoma a otra. Así, en esta valoración de conjunto no puede dejar de señalarse que las prestaciones de servicios han aumentado de forma notoria y a pesar de la disminución apreciada en la prestación económica para cuidados familiares, ésta sigue manteniendo un peso importante dentro del sistema.

A pesar de los avances constatados aún queda un largo camino por recorrer. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia debería ser capaz de garantizar, en la medida de lo posible, que las personas dependientes y sus familiares tengan la posibilidad de elegir entre un amplio abanico de opciones que respondan a sus circunstancias y necesidades reales, objetivo éste que aún se encuentra lejano¹¹. Esta situación es atribuible a la falta de flexibilidad que presenta el sistema (dadas las incompatibilidades que presenta), a la falta de adaptación de los servicios que ofrece a las necesidades reales de las personas y a escasa cuantía de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar, a lo que hay que añadir la falta de atención a las personas cuidadoras¹².

Además, no puede dejar de señalarse que esta escasa libertad de elección de los usuarios a la hora de cubrir sus necesidades lleva consigo un fuerte impacto negativo de género en materia de dependencia que ponen en evidencia dos constataciones: la primera de ellas es que muchas mujeres se dedican a estos cuidados no por libre elección sino por imposición económica y social, y ello se da en muchos casos sin cobertura ni consideración; y la segunda de ellas es que los hombres no asumen

⁸ http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im_061364.pdf Nos referimos a los últimos datos publicados por el IMSERSO que reflejan la situación a fecha de 31 de mayo de 2018. De acuerdo con dichos datos hay Comunidades Autónomas como Illes Balears, Comunitat Valenciana, Región de Murcia y la Comunidad Foral Navarra en las que la Prestación económica para cuidados familiares sigue suponiendo más del 50 % del conjunto de prestaciones contempladas por la Ley de dependencia.

⁹ ASOCIACIÓN ESTATAL DE DIRECTORES Y GERENTES EN SERVICIOS SOCIALES: *XVIII Dictamen del Observatorio de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia*, 31 de diciembre de 2017, pág. 21.

¹⁰ Datos todos ellos de 31 de mayo de 2018.

¹¹ ASOCIACIÓN ESTATAL DE DIRECTORES Y GERENTES EN SERVICIOS SOCIALES: *XVIII Dictamen del Observatorio de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia*, citado, pág. 23.

¹² *Ibidem*, págs. 23 y 24.

en igualdad el papel de cuidadores, con lo que contribuyen a aumentar un reparto discriminatorio de las labores de cuidado¹³.

III. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CUIDADORAS EN EL ENTORNO FAMILIAR

La Ley 39/2006, estableció en su artículo 18.3 que la persona que provee cuidados en el entorno familiar “deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social”. Además, la Disposición Adicional Cuarta, titulada *Seguridad Social de los cuidadores no profesionales* dispuso que el Gobierno determinaría reglamentariamente la incorporación a la Seguridad Social de estos cuidadores no profesionales en el régimen correspondiente, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización.

En pocos meses se publicó el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se reguló la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia. Real Decreto éste que se dictó al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.17ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social.

El artículo 2 de dicho Real Decreto establece que los cuidadores no profesionales regulados en dicha norma “quedarán incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción del convenio especial regulado en este real decreto”. Esta situación no se dará en el caso de la persona cuidadora no profesional que siga realizando o inicie una actividad profesional por la que deba quedar incluida en el sistema de la Seguridad Social.

Además, no existe la obligación de suscribir un convenio especial en los supuestos en que la persona cuidadora está percibiendo la prestación de desempleo, o cuando tenga la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente o, en caso de percibir una pensión de viudedad o a favor de familiares cuando tenga 65 o más años. Tampoco existe obligación de suscribir dicho convenio por los periodos en que la persona cuidadora esté disfrutando de los periodos de excedencia laboral por razón de cuidado de familiares que tengan la consideración de cotización efectiva.

Por otra parte, dicho Real Decreto regula también las situaciones específicas de las personas que reducen su jornada de trabajo y la retribución correspondiente para asumir los cuidados no profesionales, así como el de las personas cuidadoras no profesionales que tuviesen suscrito un convenio especial con anterioridad a asumir la realización de dichos cuidados.

La situación asimilada al alta prevista por la norma se refiere a las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, independientemente de su naturaleza (artículo 3 Real Decreto 615/2007).

De acuerdo con dicha norma, la base de cotización mensual en dicho convenio especial será el tope mínimo vigente en el Régimen General de la Seguridad Social. A la misma se aplicará el tipo de cotización vigente y el resultado se reducirá con el coeficiente que corresponda. Y como medida especialmente subrayable se establece que dicha cotización, así como la cuota destinada a las acciones formativas de estas personas sería asumida directamente por la Administración General del Estado por convenio con la Tesorería General de la Seguridad Social (artículo 4.5 Real Decreto 615/2007).

Esta última medida supuso un importante paso adelante de cara a reconocer y a hacer visible la labor de estas personas. Y probablemente para muchas de ellas se abrió una posibilidad única de desarrollar o completar una carrera de cotización para llegar a adquirir una pensión de seguridad social por derecho propio. Esta medida tuvo un claro reflejo en los datos de afiliación del momento.

¹³ ASOCIACIÓN ESTATAL DE DIRECTORES Y GERENTES EN SERVICIOS SOCIALES: *XVIII Dictamen del Observatorio de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia*, citado, pág. 24.

Así, el mayor número de personas cuidadoras en el entorno familiar afiliadas a la Seguridad Social se registró en julio de 2012 y se situó en 180.021.

Sin embargo esta situación dio un vuelco en un periodo de tiempo muy breve como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. De acuerdo con la Disposición adicional octava de esta norma, el convenio especial de las personas cuidadoras no profesionales de personas en situación de dependencia dejó de ser obligatorio para pasar a tener carácter voluntario y la cotización por dicho convenio especial pasó a ser exclusivamente por cuenta de la persona suscriptor¹⁴.

Dicho Real Decreto-ley estableció que los convenios especiales de las personas cuidadoras no profesionales de personas en situación de dependencia que estuvieran en vigor en la fecha de entrada en vigor del mismo, se extinguirían el día 31 de agosto de 2012, salvo que la persona suscriptor solicitase expresamente mantener el mismo con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso dicho convenio especial se entendería subsistente desde el día 1 de septiembre de 2012. En este último caso, desde el día 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2012, la cotización a la Seguridad Social se reduciría en un 10 % del total de la cuota a abonar, la Administración General del Estado asumiría el 5 % del total de la cuota y el 85 % restante lo pagaría la persona cuidadora no profesional. A partir del 1 de enero de 2013 el Convenio especial sería a cargo exclusivo de la persona cuidadora no profesional (Disposición transitoria decimotercera). Esta modificación, que afectaba a las posibilidades de acceder a los periodos mínimos de cotización exigidos por la ley repercutió de forma desproporcionada sobre las mujeres¹⁵.

Como es conocido, este cambio normativo no tardó en dejar hacer sentir sus efectos y de las 180.021 personas con convenio especial en julio de 2012, de las que el 92,5 % eran mujeres, se pasó a 20.993 en marzo de 2013. Ello ha venido a ser valorado como uno de los recortes más brutales con efectos en materia de prestaciones de Seguridad Social¹⁶. Desde el año 2013 hasta la actualidad dicha cifra ha seguido disminuyendo hasta situarse en 8000, de las cuales 7.109 son mujeres¹⁷. Ello supone el 4,44 % de las cifras de afiliación alcanzadas en julio de 2012 (172.000 personas menos) y se explica fundamentalmente por la falta de recursos de estas personas para asumir por su cuenta la cotización de dicho convenio especial.

Esta modificación normativa que lleva a dejar fuera del ámbito de la Seguridad Social a tantos miles de mujeres no puede sino hacernos compartir la afirmación de que existe en España una regla cultural, aún vigente en cierta medida, según la cual, la falta de derechos individuales de Seguridad Social de las mujeres es aceptable¹⁸.

Debe recordarse además que junto con este cambio en el sujeto responsable de la cotización, el mismo Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad recortó en su Disposición transitoria décima, además de otras prestaciones económicas, las cuantías máximas de la prestación económica por cuidados en el entorno familiar. Con ello, y hasta la actualidad, las condiciones de las personas

¹⁴ El actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de octubre de 2015 se refiere en su Disposición adicional decimocuarta al Régimen jurídico de los convenios especiales de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Conforme al texto de dicha norma: *1. A partir del 15 de julio de 2012, el convenio especial regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, tendrá carácter voluntario para los cuidadores no profesionales y podrá ser suscrito entre el cuidador no profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social. 2. Las cotizaciones a la Seguridad Social por el convenio especial indicado en el apartado anterior serán a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo. 3. Estos convenios especiales surtirán efectos desde la fecha de la solicitud de suscripción del convenio especial.*

¹⁵ ERRANDONEA ULAZIA, E.: *Sistema español de pensiones: revisión crítica de los elementos comunes al cálculo de pensiones contributivas (Normas sobre tope máximo de pensiones, cuantías mínimas y revalorización de pensiones)*, Ed. Comares, 2016, pág. 187.

¹⁶ OTXOA, I.: *Un acceso casi vedado a las pensiones contributivas*, diagonalperiodico.net, 03/06/2013.

¹⁷ Son datos publicados por el IMSERSO con fecha de 31 de mayo de 2018. IMSERSO: *Convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia*. www.dependencia.imserso.es, última consulta 9 de julio de 2018.

¹⁸ OTXOA CRESPO, I.: *La Seguridad Social del empleo doméstico: evolución y perspectivas*, 2011, Tesis doctoral, <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/11601/9082-090-2-OtxoaTH.pdf?sequence=6>

cuidadoras en el entorno familiar sufrieron un deterioro muy notable y contribuyeron a la desprotección de las personas a las que se dirigen¹⁹.

Dichas mujeres continúan atendiendo a sus familiares con un soporte económico más reducido por la durísima reforma que se ha producido en la prestación económica, retornando su labor a la trastienda de la invisibilidad, con una mayor frustración para las propias cuidadoras al haberse generado unas expectativas que fueron cortadas de golpe²⁰.

IV. LA PROPUESTA DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA

En este contexto, en fechas recientes (en concreto, en junio de 2018), la Diputación Foral de Bizkaia ha dado a conocer un proyecto sobre el que está trabajando, dirigido a las personas cuidadoras en el entorno familiar. Se trata de un proyecto inacabado sobre el que apenas se han dado a conocer algunas cuestiones, que son las que queremos tratar en este punto.

1. COMPETENCIAS DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA EN MATERIA DE DEPENDENCIA

De acuerdo con la Ley 27/1983, de 25 de noviembre del Parlamento Vasco, de relaciones entre las instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos corresponde a estos órganos forales la ejecución, dentro de su territorio, de la legislación de las instituciones comunes en materia de asistencia social. En esa competencia ejecutiva se incluyen las potestades reglamentaria para la organización de sus propios servicios, administrativa y revisora en vía administrativa.

Además, el artículo 3 del Decreto del Gobierno Vasco 155/2001, de 30 de julio, de determinación de funciones en materia de servicios sociales, atribuye a las diputaciones forales la atención y cuidados de las personas que tengan la calificación de dependientes. Dichas diputaciones forales deben garantizar la existencia de centros y servicios destinados a este colectivo específico. Así, son las Diputaciones Forales de la Comunidad Autónoma Vasca las administraciones competentes en materia de dependencia, cada una de ellas en el territorio histórico que le corresponde.

2. EL ESTATUTO DE LAS PERSONAS CUIDADORAS

La Diputación Foral de Bizkaia ha presentado el llamado *Estatuto de las personas cuidadoras*, iniciativa dirigida a atender a las 18.000 personas, fundamentalmente mujeres, que actualmente desarrollan esta labor de cuidadoras en el entorno familiar. Es, sin duda, una buena noticia que las instituciones trabajen para mejorar las condiciones de estas personas cuidadoras en el entorno familiar.

Por lo que se ha dado a conocer sobre dicho Estatuto, éste contará con varios tipos de medidas como cursos de formación (que se llevarán a cabo en centros de día para que las personas a cargo de los cuidadores estén atendidas mientras duran dichos cursos), un programa dirigido a detectar cuáles son los riesgos laborales más comunes a los que están expuestas y cómo darles solución, así como el reconocimiento del derecho al descanso de las personas cuidadoras.

Junto con las mismas, la medida más innovadora consiste en la creación de una Entidad de Previsión Social Voluntaria²¹ a la que la Diputación Foral realizará una aportación económica en el caso de que las personas cuidadoras lo acepten de forma voluntaria y ellas mismas realicen otra

¹⁹ DURÁN BERNARADINO, M.: “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y su carácter excepcional a la luz de las últimas reformas”, *Temas Laborales*, núm. 124, 2014, pág. 181.

²⁰ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: *Bases, evolución y retos de la Ley de Dependencia a los diez años de su aprobación*, Bomarzo, Albacete, 2017, pág. 88.

²¹ Reguladas por la Ley 5/2012, de 23 de febrero, sobre Entidades de Previsión Social Voluntaria. Estas entidades de previsión social voluntaria tienen como fin ejercer la previsión social voluntaria o complementaria a la Seguridad Social, en ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, para la cobertura de las contingencias previstas en dicha norma.

aportación por la misma cuantía. De esta forma, estas personas podrían adquirir el derecho a una prestación económica en el futuro.

Aún no se han dado a conocer muchos de los aspectos que configurarán este instrumento de previsión social a pesar de lo cual sí podemos avanzar una serie de consideraciones. La primera de ellas es que se trata de una medida a poner en marcha por una administración foral dentro de su ámbito de competencias, que no pretende, ni puede hacerlo, sustituir los recortes producidos en materia de seguridad social sino dar un paso al frente en una materia en la que existe una falta de protección, y realizar una aportación económica, para ayudar a las personas cuidadoras a ahorrar de cara a su futuro. Tal medida, por tanto, ni puede ni quiere compararse con la protección que debería otorgar el sistema público de Seguridad Social y que constituye, sin duda, la vía de protección social más sólida y adecuada para estas personas cuidadoras, sino que se sitúa en el ámbito del ahorro privado y complementario. Teniendo en cuenta la variada casuística que presentan las realidades de estas personas cuidadoras se deja en sus manos la decisión de realizar dichas aportaciones en función de sus circunstancias e intereses.

Se trata, a nuestro parecer, de una medida modesta, limitada por las propias competencias de las instituciones forales y por la disponibilidad de recursos, pero que tiene como virtud recordar que existe una asignatura pendiente en materia de protección social de las personas cuidadoras, dado el vacío causado en la práctica por el Real Decreto-ley 20/2012. Es en este contexto en el que la Diputación Foral de Bizkaia toma la decisión de poner en marcha una iniciativa que saca del olvido la cuestión de la protección social de las personas cuidadoras y crea un mecanismo de ahorro privado para ellas.

Aunque, un mes más tarde del anuncio de esta iniciativa por parte de la Diputación Foral de Bizkaia, el nuevo Gobierno español ha anunciado que a partir de 2019 se recuperará la cotización a la Seguridad social de estas personas cuidadoras en el entorno familiar, a cargo de la Administración General del Estado.

Además creemos que ha de valorarse positivamente el resto de medidas que se recogen en dicho *Estatuto de las personas cuidadoras* ya que pueden suponer un valioso apoyo a estas personas en el desarrollo de sus labores de cuidado.

V. EL ANUNCIO DEL GOBIERNO DE ESPAÑA DE QUE EL ESTADO VOLVERÁ A COTIZAR POR LAS PERSONAS CUIDADORAS DE FAMILIARES DEPENDIENTES

Con fecha de 12 de julio, la ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social ha dado a conocer que a finales del año 2018, el Estado volverá a cotizar por las personas cuidadoras de familiares dependientes, lo cual cambiará sustancialmente las expectativas de las personas cuidadoras en el entorno familiar así como el contexto en el que la Diputación Foral de Bizkaia anunció su *Estatuto de las personas cuidadoras*.

Es de esperar que esta medida anunciada vuelva a dar un vuelco en la afiliación de estas personas a la Seguridad Social y a la suscripción de un convenio especial por parte de las mismas. De acuerdo con las estimaciones del propio Gobierno se espera que unas 180.000 personas se vean beneficiadas por esta medida. De esta manera quedará derogado el recorte realizado en el año 2012 y se devolverá a muchas de estas personas la posibilidad de causar pensiones de Seguridad Social por derecho propio. Y junto con ello se recuperará un importante elemento de seguridad de cara a su futuro.

En esta nueva situación es posible que la Diputación Foral de Bizkaia decida replantear su iniciativa, al menos en el punto referido a la constitución de una Entidad de Previsión Social Voluntaria para las personas cuidadoras en el ámbito familiar, ya que, de acuerdo con anuncio realizado por el Gobierno español, el punto de partida de la institución foral para poner en marcha dicha medida parece que va a cambiar radicalmente y el espacio de protección que había sido vaciado va a volver a cubrirse.

Ello no quiere decir que no haya lugar para la constitución de la Entidad de Previsión Social voluntaria que podría jugar un papel complementario de cara a la protección de estas personas cuidadoras en el entorno familiar siempre que decidan participar en la misma de forma voluntaria. La suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social no garantiza que en todos los casos se vaya a generar una pensión pública de Seguridad Social y dada la variada casuística de situaciones entre las personas cuidadoras, algunas pueden estar más cerca de cumplir con los requisitos de contributividad exigidos, sin embargo, en las circunstancias de otras puede que estas circunstancias sean realmente remotas. Además, esta Entidad de Previsión Social Voluntaria podría resultar de interés también para personas que por sus circunstancias no han tenido la obligación de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social, pero pueden tener interés en este instrumento de ahorro complementario de cara a su futuro.

En cualquier caso, es de esperar que la Diputación Foral de Bizkaia siga adelante con su *Estatuto de las personas cuidadoras* y ponga a disposición de dichas personas cuidadoras los recursos necesarios para que puedan desempeñar sus quehaceres de la forma más adecuada para las personas de las que cuidan, así como de la forma más adecuada para preservar su propia salud y bienestar.

CAPÍTULO VII. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS CON MOTIVO DE LA MATERNIDAD Y SUS EFECTOS SOBRE LA RETRIBUCIÓN DE LA TRABAJADORA.

ALICIA FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, la maternidad desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales es objeto de protección por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (en adelante LPRL). No obstante, también es por todos conocido que dicha protección ha sido desde su instauración una importante fuente de controversias. En este sentido, una de los principales puntos cadentes que se derivan de la esta regulación es la protección retributiva que se dispensa a la trabajadora durante la adaptación del puesto de trabajo o el cambio de funciones por riesgo durante la lactancia o por riesgo durante el embarazo.

El art. 26 LPRL en establece en caso de riesgo durante la lactancia y riesgo durante el embarazo un protocolo de actuación de obligado cumplimiento por el empresario que puede resumirse en tres posibles y sucesivas medidas a adoptar por éste. A saber, cuando sea incompatible la ejecución de la prestación de servicios con el embarazo o con la lactancia natural el empresario debe, en primer lugar, proceder a la adaptación de las condiciones de trabajo. En segundo lugar, cuando esta adaptación no fuera posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente sobre la salud de la madre, feto o lactante, la trabajadora deberá desempeñar una función diferente y compatible con su estado e incluso podrá ser objeto de cambio a un puesto de trabajo no correspondiente a su grupo o categoría profesional. Y, en tercer lugar, si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

Pues bien, sea cual sea la medida preventiva que se adopte, es posible que se deriven consecuencias económicas negativas para la trabajadora. Consecuencias económicas que para unos casos, esto es, cambio de puesto de trabajo y suspensión del contrato, el ordenamiento jurídico identifica y trata de paliar y, para otros, modificación de las condiciones de trabajo y cambio de funciones, guarda absoluto silencio. En efecto, para el caso de cambio puesto de trabajo, es posible que las nuevas circunstancias en que se desarrolle la prestación laboral de la trabajadora excluyan la percepción de determinados complementos vinculados al puesto. Es por ello que el propio art. 26 prevé que, cuando la trabajadora sea destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Por su parte, para el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia, ante la pérdida total de ingresos derivada de la inactividad que la propia situación suspensiva supone, se genera el derecho a una prestación del Sistema de la Seguridad Social.

Sin embargo, para los supuestos de mera modificación de las condiciones de trabajo o cambio de funciones, no se prevé expresamente ninguna garantía retributiva, pese a que de estas opciones

también pueden derivarse indeseables efectos económicos, como consecuencia de la pérdida de complementos retributivos vinculadas a las condiciones de trabajo en las que se desempeñaba la prestación laboral. Cuestión que no es baladí, ya que la afectación de la capacidad económica de la trabajadora que suponen dichas medidas y su proyección sobre la posterior protección otorgada por el sistema de la Seguridad Social¹ son susceptibles de entrañar una situación de discriminación por razón de sexo. En efecto, según la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, se considera discriminación por razón de sexo “todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”. Es por ello, que para determinar si la afectación de la retribución durante la adaptación de las condiciones de trabajo por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural se ha de analizar si constituye un trato desfavorable a las mujeres.

Pues bien, es sobre este aspecto sobre el que se centra la presente comunicación. En concreto se trata de dilucidar si la actual protección otorgada por el ordenamiento jurídico para las situaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural implica una situación de discriminación por razón de sexo en relación al tratamiento de la retribución de la trabajadora y, de ser afirmativa la respuesta, las posibles opciones existentes para paliar los efectos negativos que de la misma pudieran derivarse.

II. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS CON MOTIVO DE LA MATERNIDAD Y SUS EFECTOS SOBRE LA RETRIBUCIÓN DE LA TRABAJADORA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TS

Aunque la presente comunicación tiene por objeto el análisis que la normativa española dispensa a la protección por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, es imprescindible -como paso previo a su estudio- incidir sobre la normativa europea y las resoluciones judiciales emitidas sobre ésta. Y es que la protección que se dispensa a la mujer trabajadora en caso de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural tiene su origen en la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, que fue objeto de transposición por la LPRL. Por tanto, el alcance y sentido de la norma nacional habrá de ser ponderado siempre dentro de los cánones impuestos por la norma supranacional.

La Directiva 92/85/CEE establece, a grandes rasgos -puesto que su análisis pormenorizado se llevará a cabo en las siguientes páginas- como garantía que, ante la adopción de las medidas preventivas por ella prevista, deberán “*garantizarse* los derechos inherentes al contrato de trabajo, *incluido el mantenimiento de una remuneración* y/o el beneficio de una prestación *adecuada* de las trabajadoras”. Por tanto, se hace necesario determinar cuál es el alcance de la expresión “mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada”. Obviamente, la cláusula empleada por el legislador resulta cuanto menos ambigua, ya que no proporciona explícitamente ningún criterio a fin de delimitar cuándo la remuneración tendrá la consideración de adecuada. Es por ello, que el TJUE ha debido pronunciarse al respecto.

Por su parte, la normativa española, como se verá, no resulta más esclarecedora. En efecto. Ello ha llevado, a que recientemente el TS haya tenido que pronunciarse al respecto

1. LA PROTECCIÓN CONTENIDA EN LA DIRECTIVA 92/85/CEE Y SU ALCANCE SEGÚN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Dado que la normativa nacional sobre protección de riesgos laborales relacionados con la maternidad tiene su base, como ya se ha indicado, en la Directiva 92/85/CEE de octubre de 1992, se hace preciso comenzar el estudio de la materia por ésta-

¹ Por ejemplo, sobre la prestación por maternidad.

La Directiva 92/85/CEE impone una serie de obligaciones a los empresarios para el caso de que el desempeño de la actividad profesional por la mujer pueda incidir negativamente en su salud, la del feto o niño, según sea el caso. Así, cuando de la actividad desempeñada por la trabajadora se desprenda algún riesgo el empresario deberá obligatoriamente proceder del siguiente modo. En primer lugar, tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo. En segundo lugar, si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada. Y, por último, cuando dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud.

Ahora bien, sea cual sea la medida adoptada (variación de las condiciones de trabajo, cambio de puesto o dispensación de la prestación laboral), la Directiva establece una serie de garantías en atención, entre otros, a dos objetivos expresados en los *considerandos* de la norma. El primero, evitar que la adopción de las medidas adoptadas desfavorezcan a las mujeres en el mercado de trabajo o atenten contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Y, el segundo, garantizar la efectividad de tal protección. Para ello, el art. 11 de la norma europea establece una serie de garantías inherentes al contrato de trabajo.

En concreto, por lo que aquí interesa, en su art. 11.1 dispone que en caso de que se produzca la adaptación del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia “deberán *garantizarse* los derechos inherentes al contrato de trabajo, *incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada* de las trabajadoras”. Obviamente, la cuestión que se desprende de esta previsión es si el mantenimiento de una remuneración adecuada implica una suerte de indemnidad retributiva de forma que la trabajadora tiene asegurada la retribución que venía percibiendo antes de que se aplicase la medida protectora o, por el contrario, pueden tener cabida variaciones a la baja en su retribución.

Pues bien, a juicio del TJCE², dicha garantía retributiva no implica necesariamente el mantenimiento de la misma retribución previa a la aplicación de la medida preventiva, de modo que la variación de las condiciones de trabajo en la que se desenvuelve la prestación inicialmente puede tener reflejo en la cuantía de la remuneración

La posibilidad de que determinados componentes retributivos puedan ser objeto de exclusión se fundamenta, a juicio del TJUE, hasta en tres razones. Desde una interpretación gramatical del precepto analizado, porque el art. 11.1 utiliza la expresión “mantenimiento de una remuneración” y no la más específica, que implicaría la indemnidad de las percepciones, “mantenimiento de la retribución”. Por otro lado, desde una interpretación sistemática, porque el propio art. 11, en su apartado 4, prevé la posibilidad de que los propios Estados puedan someter el derecho a la remuneración a que la trabajadora cumpla con determinados requisitos, por lo que de entrada no se puede hablar de un principio de intangibilidad del importe del salario. Por último, porque la propia jurisprudencia del TJCE (Asunto JämO Jämställhdetsombudsmannen, C-236/98) reconoce que las circunstancias de hecho en que se desarrollan los trabajos pueden considerarse en su caso constitutivas de factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, de modo que puedan motivar lícitamente eventuales diferencias de retribución entre diferentes grupos de trabajadores. En conclusión, a juicio del TJUE, es posible identificar conceptos retributivos cuya percepción puede suprimirse en cuanto se produzca una variación de las condiciones de trabajo que los motivan.

² Asunto Parviainen C-471/08

En base a estas consideraciones, el órgano jurisdiccional europeo entiende que el alcance de la garantía retributiva contenida en el art. 11.1 Directiva 92/85/CEE implica los siguientes extremos. Por un lado, cualquiera que fuera la medida adoptada, la trabajadora tendría garantizado el salario base correspondiente a su contrato o a su relación laboral y los complementos inherentes a su condición profesional. Además, la remuneración tampoco podría ser inferior a la que se pagara a los trabajadores que ocupasen un puesto de trabajo como el que provisionalmente se asignara a la trabajadora, de modo que tendría derecho a los componentes de la remuneración y los complementos inherentes a dicho puesto. Sin embargo, no quedarían garantizados los complementos que dependiesen del ejercicio por la trabajadora de funciones específicas en condiciones singulares y que compensan los inconvenientes inherentes a ese ejercicio.

Ahora bien, la regulación contenida en la Directiva 92/85/CEE tiene carácter mínimo, por lo que es susceptible de ser mejorada por la legislación interna de los Estados miembros de la UE. En efecto, el propio TJCE (Asunto Parviainen C-471/08) así lo reconoce cuando dispone que el art. 11.1 Directiva 92/85/CEE sólo prevé una protección mínima en relación a los ingresos de las trabajadoras, de modo que ninguna disposición de ésta impide a los Estados miembros o, en su caso, a los interlocutores sociales prever el mantenimiento de todos los componentes de la remuneración y de todos los complementos a los que la trabajadora tuviera derecho antes de la adaptación de su puesto de trabajo. Por tanto, la cuestión a tratar radica en determinar si la normativa nacional implica una mejora de las garantías establecidas en la Directiva 92/85/CEE. Aspecto sobre el que ha incidido recientemente la jurisprudencia del TS.

2. LA LPRL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS

En nuestro ordenamiento interno, las garantías establecidas para el caso de que del trabajo se derive algún riesgo durante el embarazo o la lactancia natural se regulan el art. 26 LPRL. En dicho precepto, además de incorporar las garantías mínimas establecidas en la Directiva europea, se introducen medidas adicionales en relación a la retribución de la trabajadora durante la adaptación de sus condiciones de trabajo. Garantías adicionales que, según el TS³, implican un mantenimiento de remuneración de la trabajadora sea cual sea la medida preventiva adoptada.

En efecto, a juicio del TS, durante el periodo afectado por la situación de adaptación del puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la remuneración de la trabajadora debe mantenerse, ya que, de lo contrario, se pondría en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la legislación nacional (objetivo que, como ya se ha señalado también persigue la propia Directiva 92/85/CEE). A tal conclusión llega el órgano jurisdiccional tras analizar los efectos que la situación controvertida produce sobre la remuneración de cualquier trabajadora en atención al marco general de protección que la ley española dispensa a las situaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.

Como se sabe, el art. 26 LPRL, en consonancia con la Directiva 92/85/CEE, establece un protocolo de actuación de obligado cumplimiento por el empresario. Ahora bien, a diferencia de la normativa europea, la nacional establece diferentes consecuencias económicas para la trabajadora en función de cuál sea la medida adoptada por el empresario para garantizar la seguridad de ésta, del feto o del lactante. En efecto, mientras que la Directiva 92/85/CEE, como ya se ha analizado, únicamente dispone que en caso de adoptar cualquiera de las medidas en la misma descritas se ha de garantizar “el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras”, la LPRL prevé una regulación más compleja, estableciendo diferentes garantías económicas para cada supuesto. Así, en atención al tratamiento que se da a la retribución de la trabajadora, las medidas a adoptar por el empresario se pueden sistematizar en tres grupos.

El primero se caracterizaría por no disponer ninguna garantía retributiva en particular. En concreto, en este supuesto quedarían incorporadas, por un lado, aquellas medidas que únicamente

³ STS 43/2017, de 24 de enero.

tuvieran por objeto la adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo y, por otro, el cambio de puesto de trabajo o función siempre que tuviera lugar dentro del grupo profesional de la trabajadora.

Para el segundo grupo, a diferencia del supuesto anterior, sí que se tutela la remuneración de la trabajadora. En efecto, para el caso de que las medidas anteriormente descritas no garantizaran la seguridad de la trabajadora, el feto o el lactante, el precepto prevé la posibilidad de que la trabajadora puede ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, pero, reconoce la norma, conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

Por último, para el tercer grupo, en el que se incardina la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia y que tendría lugar cuando el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados, se garantiza a la trabajadora una prestación del sistema de la Seguridad Social que palié la ausencia de rentas derivada de la situación suspensiva.

Como es fácilmente deducible, sea cual sea la medida adoptada por el empresario en atención a sus obligaciones preventivas, se derivan consecuencias económicas negativas para la trabajadora. Consecuencias económicas que para el caso de las medidas incluidas en los grupos dos y tres, esto es, cambio de puesto de trabajo no correspondiente a su grupo o categoría equivalente y suspensión del contrato, el ordenamiento jurídico identifica y trata de paliar. En efecto, para el caso de cambio de funciones o puesto de trabajo, es posible que las nuevas circunstancias en que se desarrolle la prestación laboral de la trabajadora excluyan la percepción de determinados complementos vinculados al puesto. Es por ello que el propio art. 26 prevé expresamente que si la trabajadora es destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Por su parte, para el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia, ante la pérdida total de ingresos derivada de la inactividad que la propia situación suspensiva supone, se genera el derecho a una prestación del Sistema de la Seguridad Social.

Sin embargo, para el primer grupo, esto es, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo o la asignación de un puesto de trabajo o función diferente dentro del mismo grupo profesional, no se prevé ninguna garantía económica. Pese a que, como consecuencia de las previsiones generales previstas en la normativa aplicable, en este supuesto también pueden verse afectada la retribución de la trabajadora. En efecto, la aplicación de las medidas adoptadas puede influir de muy diversas maneras sobre la remuneración de la trabajadora. Por ejemplo, la mera adaptación del tiempo de trabajo puede incidir muy negativamente sobre el montante final de su retribución. Piénsese por ejemplo en el supuesto en que las funciones habituales de la trabajadora incorporasen la obligación de realizar de guardias nocturnas con una retribución superior a la del tiempo de trabajo habitual y la medida preventiva implicase exclusivamente la exención de la realización de guardias.

Pues bien, la aceptación, sin más, de la dispar protección económica otorgada por el ordenamiento jurídico para los distintos supuestos en los que puede concretarse la protección de la salud de la trabajadora, el feto o el lactante, daría como resultado, a juicio del TS, una situación de discriminación por razón de sexo poniendo, además en peligro el objetivo principal de proteger de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas o lactantes perseguido por la legislación nacional y europea.

En efecto, para el TS, el legislador ha optado por mejorar el estándar mínimo de protección económica contenido en la Directiva 92/85/CEE, por lo que habría que entender garantizada la parte de la remuneración atinente a las circunstancias en la que se desarrollaba la prestación de servicios antes de que operase la adaptación del puesto de trabajo, pese al silencio normativo. En este sentido, el órgano jurisdiccional entiende que resultaría del todo incongruente que para unos supuestos se ampliase la protección mínima otorgada por la normativa europea y para otros no, cuando todos ellos se sustentan sobre los mismos intereses protegidos.

Para llegar a esta conclusión el Alto Tribunal parte del análisis de la protección otorgada durante la suspensión de la actividad profesional por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Como se sabe durante estas vicisitudes, la trabajadora deja de percibir su remuneración, en cuanto que no hay prestación de trabajo, y, como medida paliativa de la carencia de rentas en la que incurre, se genera a su favor una prestación del Sistema de la Seguridad Social. Prestación cuyo contenido económico supone la percepción de una cuantía próxima a su salario real y en la que se incluyen para su cálculo todos los conceptos salariales que integran la retribución de la trabajadora sea cual sea su origen.

Quiere ello decir, como señala el TS, que de no ser posible la adaptación de las condiciones de trabajo, el cambio de funciones o puesto de trabajo, a la trabajadoras que eventualmente vean suspendidas su actividad profesional por una situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia, se les protege con una prestación que trata de mantener el equilibrio con el salario que percibía antes de incurrir en situación de riesgo y que tal equilibrio se alcanza al incluir en su cálculo todos los conceptos salariales que percibió en la mensualidad del mes inmediatamente anterior a la baja. De este modo, concluye el órgano jurisdiccional, no hay duda de la intención del legislador de respetar el mantenimiento de los derechos retributivos de las trabajadoras, más allá de la protección básica otorgada por la normativa europea. O dicho de otro modo, el legislador ha optado por aumentar la garantía retributiva contenida en la norma europea ya que para su determinación se tendrán en cuenta todas las partidas salariales. Incluidos los complementos retributivos que dependan del ejercicio por la trabajadora de funciones específicas en condiciones singulares y que compensan los inconvenientes inherentes a ese ejercicio y que, como ya se ha visto, no forman parte de la retribución garantizada por Directiva 92/85/CEE.

Siguiendo este hilo argumental, para el Alto Tribunal resultaría del todo incongruente admitir la posibilidad de que cuando la adaptación del puesto de trabajo sea posible, la trabajadora se vea en la tesitura de soportar una disminución en su retribución que no se daría en el supuesto de que su prestación de trabajo se viera suspendida porque no hubiera otro modo de garantizar su salud o la del lactante, ya que, como ya se ha señalado, durante esta vicisitud se le garantiza una prestación para cuyo cálculo se tiene en cuenta todos los conceptos salariales, independientemente de cuál fuera su causa. Así, concluye el TS que “si nuestro Ordenamiento jurídico dispensa esa protección equilibrada en el caso de la necesidad de abandonar la efectiva prestación de servicios por riesgos del embarazo o lactancia, cabe afirmar que está estableciendo un nivel de compensación mínima específicamente dispensado a las trabajadoras respecto del cual cualquier minoración habrá de ser rechazada. Estamos aquí ante una reducción salarial que va más allá de la pérdida de un concreto complemento, sino que sitúa a la trabajadora en un nivel de tratamiento retributivo inferior incluso a la situación de no prestación de servicios, con lo que se pone en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la legislación nacional, en consonancia con la Directiva 92/85”.

Pero es que, además, siguiendo la misma línea argumental del TS expuesta, es posible aducir un elemento interpretativo más que apoya dicha conclusión. Y es que es posible entender que el ordenamiento jurídico no sólo prevé la mejora de la protección mínima retributiva otorgada por la Directiva 92/85/CEE para el caso de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia, si no que, además, también lo haría para el supuesto de que sea necesario el cambio a un puesto de trabajo no correspondiente a su grupo o categoría equivalente. En efecto, el art. 26.2 LPRL, párrafo tercero, prevé que en el supuesto de que no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Ahora bien, la expresión utilizada por el precepto “conjunto de retribuciones de su puesto de origen” resulta un tanto ambigua, ya que no se corresponde con la terminología empleada en la normativa laboral que regula el salario. Por ello, resulta necesario concretar su alcance.

Para ello, en primer lugar conviene analizar cómo se podría encajar la protección dispensada por la normativa europea en la estructura salarial según nuestra regulación interna. O, dicho de otro modo, en qué tipo de conceptos encajarían las diferentes partidas retributivas que identifica el TJUE en la jurisprudencia anteriormente analizada.

Como se sabe, a tenor del art. 26.3 ET, la estructura salarial es posible identificar dos grandes grupos de conceptos retributivos, el salario base y los complementos salariales en los que cabe identificar tres tipos según su causa. En primer lugar, los complementos en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador que retribuyen las concretas condiciones que presenta el trabajador como la antigüedad, los idiomas etc. En segundo lugar, los complementos relacionados con el trabajo realizado, que tradicionalmente se desdoblan en dos subgrupos, complementos de puesto de trabajo y complementos de cantidad y calidad por el trabajo realizado. El primer subgrupo, complementos de puesto, tiene por objeto compensar las circunstancias especiales concurrentes en el puesto de trabajo o la forma de llevar a cabo la prestación laboral, mientras que el segundo, complementos por cantidad o calidad de trabajo, tienen por objeto compensar al trabajador en atención a los resultados obtenidos. Y, por último, los complementos establecidos en atención a la situación y resultados de la empresa.

Pues bien, los diferentes conceptos retributivos analizados por la jurisprudencia del TJUE se identificarían del siguiente modo en la estructura salarial derivada de la regulación contenida en el ET. En primer lugar, parece claro que el salario base al que hace referencia el TJUE tendría su equivalente en el salario base en los términos previstos por el ET. En segundo lugar, los complementos inherentes a la condición profesional de la trabajadora (y que el órgano jurisdiccional ejemplifica citando los derivados de la antigüedad y sus cualificaciones profesionales), podrían encajar sin grandes dificultades en los denominados por el ET como complementos en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador. Y, por último, los complementos dependientes del ejercicio por la trabajadora de funciones específicas en condiciones singulares y que tienen como finalidad compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio, serían reconducibles a los complementos de puesto de trabajo.

Volviendo ahora a la posible mejora de la protección del salario contenida en el art. 26 LPRL, la amplitud de la cláusula utilizada por el legislador “conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”, no puede llevar más que a pensar, que para este supuesto la trabajadora deberá de percibir los complementos de puesto de trabajo que, como ya se ha expuesto, incluirán los complementos dependientes del ejercicio por la trabajadora de funciones específicas en condiciones singulares y que tienen como finalidad compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio. Conceptos retributivos que, según la jurisprudencia del TJUE, en principio no tendría garantizados la trabajadora que experimentara un cambio de puesto de trabajo en caso de riesgo durante la lactancia o riesgo durante el embarazo. Por lo que, consecuentemente, supondría una clara mejora por la norma interna del estándar de protección europeo.

Pues bien, si para el TS el hecho de que la protección económica por encima del mínimo previsto en la Directiva durante la situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o lactancia natural es suficiente para predicar su alcance respecto de los supuestos en lo que el riesgo sea superado mediante una adaptación de las condiciones de trabajo, no cabe duda, de que, esta nueva aportación no hace más que reforzar dicha postura. Y es que, de las tres posibles actuaciones que tendría que llevar a cabo el empleador para garantizar la salud de la trabajadora y el lactante, dos implican una mejora evidente de la garantía retributiva mínima, mientras que inexplicablemente, la tercera vía carece de regulación específica en este aspecto.

CAPÍTULO VIII. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LA MATERNIDAD Y LA FUNCIÓN PROCREADORA FRENTE A LOS RIESGOS LABORALES

INMACULADA SANDRA FUMERO DIOS

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna*

I. INTRODUCCIÓN

La promoción de una política coherente y eficaz orientada a reforzar la protección social de los trabajadores de la Unión Europea (en lo sucesivo, UE) debe contribuir al objeto de alcanzar una sociedad más saludable, activa y con mayor capacidad para adaptarse a los continuos cambios y particularidades del mercado de trabajo. Por ello, uno de los objetivos establecidos en el marco estratégico de la UE se orquestó con base a garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable para los más de 217 millones de trabajadores de la UE. Esto supone que debe haber un equilibrio entre la perfecta interacción entre la salud de los trabajadores y el entorno de trabajo¹. Con estas premisas, los estándares mínimos de seguridad y salud laboral sólo podrán tener éxito si los resultados son visibles en los beneficiarios ya que, promover mejoras en las condiciones de trabajo genera un efecto positivo en la sociedad². En este sentido, la tutela judicial de la protección de la mujer trabajadora en situación de embarazo, parto y lactancia y la preservación de la función procreadora debe revisarse a fin de garantizar la protección frente a los riesgos laborales derivados de la exposición a disruptores endocrinos

—sustancias que pueden alterar el sistema endocrino afectando a las funciones reproductivas— o sustancias reprotóxicas —sustancias con efectos en la función sexual y en la fertilidad—³.

Ampliar y fortalecer el régimen jurídico de protección frente a los riesgos laborales permitirá proteger de manera específica y eficaz tanto a los trabajadores como a las trabajadoras como sujetos productivos y reproductivos. Sin embargo, sobre la cuestión aquí planteada, a día de hoy existen numerosas normas jurídicas que cuando hacen referencia a la salud reproductiva de los trabajadores en general se centran, mayoritariamente, en regular las medidas preventivas a favor de la trabajadora en situación de embarazo, parto o lactancia. Por esta razón, se debe reafirmar, que el principio inspirador de la seguridad y salud en el trabajo redundará en una protección universal a igual condición como así lo ha señalado parte de la doctrina científica afirmando que, “no se trata, por tanto, de una regulación limitada a los trabajadores especialmente sensibles”⁴. Todo ello supone la necesidad de realizar un análisis riguroso en relación con el propio concepto de protección eficaz⁵ a propósito del derecho a la preservación de la función procreadora.

¹ COM (2014) 332 final, de 6 de junio de 2014, p.2.

² En este sentido, la conocida STC 229/1992, de 14 de diciembre. BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993.

³ EVANS, T.J.: “Disruptores endocrinos”, Gupta, RC (Ed.), Reproductive and Developmental Toxicity, Elsevier Inc., 2011, pp. 874-875; VV.AA.: “Exposición humana a disruptores”, *Ecosistemas, Revista Científica y Técnica de ecología y medio ambiente*, Vol. 3, núm. 13, 2004, pp. 9-10.

⁴ BALLESTER PASTOR, M. A.: *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, PÉREZ DE LOS COBOS, F. (Dir.), La Ley, 2008, p. 499.

⁵ STJCE 2007/141, de 14 de junio. En la misma se detalla el alcance de la obligación de seguridad y salud de los trabajadores respecto de los factores de riesgo relacionados con el trabajo siguiendo el planteamiento dispuesto en el art. 5.1 de la Directiva 89/391/CEE. Sobre la misma base jurídica, el artículo 19.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 (...)

II. REGIMEN JURÍDICO DE LA SALUD LABORAL: LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA FUNCIÓN PROCREADORA

En gran medida, el Convenio núm. 155 de la Organización Internacional del Trabajo (en lo sucesivo, OIT), sobre seguridad y salud de los trabajadores⁶ marca un hito decisivo en el marco normativo de la salud laboral por cuanto fija criterios y principios de gran trascendencia en relación a la elaboración de políticas nacionales sobre prevención de riesgos laborales⁷. El carácter de la norma prescribe como líneas de política nacional intervenir en todo lo relativo a las características del puesto de trabajo, al medioambiente laboral, a la adaptación del puesto en relación con las capacidades físicas y mentales de los trabajadores y en los aspectos relativos a la exposición a agentes químicos, biológicos y físicos⁸. Como se observa, se está ante un instrumento jurídico de tutela o resarcimiento de las contingencias profesionales. Conviene señalar que este Convenio inspirará el marco regulador en materia de seguridad y salud laboral establecido en la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo, «Directiva Marco» (en lo sucesivo, DM)⁹. A partir de aquí, las manifestaciones sustantivas sobre la protección de la salud de los trabajadores en la UE han sido ingente.

Desde entonces y hasta la actualidad, la seguridad y la salud laboral ha quedado sometida a la voluntad de los Gobiernos a la hora de regular las condiciones de trabajo y las medidas seguridad y salud laboral¹⁰ frente a determinados riesgos del trabajo ya sea por situaciones o características personales en virtud de los dispuesto en el art. 6.1.f) de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en lo sucesivo, LPRL)¹¹.

1. TUTELA JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD, PARTO Y LACTANCIA NATURAL

En particular, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, 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 período de lactancia¹²—décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE—, prevé la adopción de medidas de protección destinada a salvaguardar la situación de embarazo y lactancia natural frente los riesgos del trabajo. La Directiva viene a señalar que el empresario deberá adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar que los agentes, procedimientos o condiciones laborales puedan incidir significativamente en salud de una trabajadora en situación de embarazo.

A nivel interno, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras¹³ sólo reguló la protección del riesgo durante el

de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015.

⁶ Convenio núm. 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores, OIT, 1981, Ginebra, 67ª reunión CIT, de 22 de junio de 1981. Entrada en vigor el 11 de agosto de 1983. Ratificado por España el 11 de septiembre de 1985.

⁷ Es de interés recordar el Protocolo de 2002, relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, entrada en vigor el 9 de febrero de 2005. Adopción: Ginebra, 90ª reunión CIT, de 20 junio de 2002. La Conferencia General de la OIT fue convocada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo y en virtud de lo establecido en el art. 4 del Convenio 155 de la OIT convienen en su art. 1 dar definición a los términos accidente de trabajo, enfermedad profesional, suceso peligroso y accidente de trayecto. El Protocolo de 2002 ha sido ratificado por 10 países, entre los cuales, no se encuentra España.

⁸ A estos efectos, la propia LPRL, en su exposición de motivos, hace referencia explícita a ello: “nuestros propios compromisos contraídos con la OIT a partir de la ratificación del Convenio núm. 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, enriquecen el contenido del texto legal al incorporar sus prescripciones y darles el rango legal adecuado dentro de nuestro sistema jurídico”.

⁹ DO L 183 de 29 de junio e 1989.

¹⁰ STSJ de Asturias, de 2 de marzo de 2012.

¹¹ BOE núm. 269 de 10 de noviembre de 1995.

¹² DO L 348/1, de 28 de noviembre de 1992.

¹³ BOE núm. 266 de 6 de noviembre de 1999.

embarazo hasta el momento de la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹⁴ que vino a subsanar dicha exclusividad mediante la transposición de la norma comunitaria a nuestro ordenamiento jurídico instaurando la suspensión del contrato y el abono de prestaciones por parte del Sistema de Seguridad Social, hecho importante éste por lo que vino a suplir el salario dejado de percibir. En consecuencia, la Ley Orgánica irrumpió en el art. 26.4 de la LPRL estableciendo que la adaptación de las condiciones, el tiempo y el cambio de puesto de trabajo –medidas preventivas– serán de igual forma aplicables al periodo de lactancia natural –podrá suspenderse el contrato de trabajo hasta el noveno mes si se continúa con la lactancia natural en virtud de lo dispuesto en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores¹⁵–. Ahora bien, cuando técnicamente no fuera posible proceder al cambio de puesto de trabajo compatible con su situación, en este caso, el bien jurídico a proteger sería el derecho a la prestación económica. Obviamente, para que la prestación por riesgo en el periodo lactancia pueda entenderse según la literalidad de los artículos 135 bis y ter de la LGSS se deberá garantizar la existencia del nexo causal, entre el riesgo y su incidencia en la lactancia natural, así como la imposibilidad de proceder a la adaptación o cambio de puesto de trabajo. Como complemento, en octubre de 2015 con intención de garantizar unas condiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo se aprobó la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016¹⁶ en la que se aborda una reducción en la cotización a la Seguridad Social para las situaciones protegidas por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural y enfermedad profesional.

En relación con los efectos lesivos en la maternidad, el desarrollo normativo vino a regular el deber empresarial de evaluar los riesgos laborales que pudieran incidir en la situación de embarazo, parto o lactancia natural. En este sentido, el art. 4.1. b) del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención¹⁷(en lo sucesivo, RSP) dispone que los riesgos no evitables deberán evaluarse considerando la posibilidad de que vaya a ser ocupado por un trabajador especialmente sensible, ya sea por sus características personales o estado biológico. Del mismo modo, esta situación biológica y estados asociados vienen avalados por el régimen de prestaciones del sistema de la Seguridad Social por medio del RD 295/2009, de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural¹⁸.

Fuera del marco normativo, no podemos obviar las distintas campañas europeas que se han venido celebrando en el marco de la mejora de la salud laboral y la protección frente a los riesgos menos visibles o emergentes¹⁹. En este sentido, el nuevo Marco Estratégico Europeo de seguridad y

¹⁴ BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2007.

¹⁵ BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015.

¹⁶ BOE núm. 260 de 30 de octubre de 2015. Disposición adicional octogésima sexta.

¹⁷ BOE de 31 de enero de 1997.

¹⁸ BOE núm. 69 de 21 de marzo de 2009. Sobre la denegación de prestaciones por riesgo durante la lactancia natural: Asunto C-531/15 Otero Ramos contra Servicio Galego de Saúde, Instituto Nacional de la Seguridad Social “no puede exigirse a la mujer afectada que lleve a cabo su propia evaluación detalla de los riesgos para refutar la evaluación de su empleador”, en virtud de lo dispuesto en el art. 19 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igual de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), DO L 204/23, de 26 de junio de 2006. En el mismo sentido, el riguroso comentario de ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: La protección de la lactancia natural: las consecuencias que se derivan de una evaluación del riesgo incorrectamente practicada. Comentario de la STJUE de 19 de octubre, Otero Ramos (C-531/15), *Revista de derecho de la seguridad social*, núm. 14, 2018, pp. 145-150. Además, STSJ de Las Palmas de Gran Canaria, núm. 352/2016 de 29 de abril sobre prestaciones por riesgo durante el embarazo.

¹⁹ En atención a lo expuesto y, en apoyo a la difusión de buenas prácticas se ha de indicar que la EU-OSHA ha venido elaborado desde 2000 distintas campañas relacionadas con la seguridad y la salud en el trabajo, antiguamente conocidas como “Semanas europeas para la seguridad y la salud en el trabajo”. En orden cronológicamente descendente se citan las siguientes: Campaña 2018-2019: «Trabajos saludables: alerta frente a las sustancias peligrosas»; Campaña 2016-2017: «Trabajos saludables en cada edad»; Campaña 2014-2015: «Trabajos saludables: gestionemos el estrés»; Campaña 2012-2013: «Trabajando juntos para la prevención de riesgos»; Campaña 2010-2011: «Mantenimiento seguro»; Campaña 2008-2009: «Evaluación de riesgos». Campaña 2007-2008 «Iniciativa "Lugar de trabajo saludable"»; Campaña 2007: «Aligera la carga (trastornos musculoesqueléticos)»; Campaña 2006: «Creer con seguridad: trabajadores jóvenes»; Campaña 2005: «¡No al ruido!»; Campaña 2004: «Construyendo seguridad»; Campaña 2003: «Sustancias peligrosas: mucho cuidado»; (...)

salud en el trabajo 2014-2020 ha sido confeccionado sobre la base de tres acciones clave destinadas a mejorar la salud y seguridad de los trabajadores: en primer lugar, ayudar a las empresas, especialmente a las pymes y a las microempresas a cumplir el marco legislativo para que les ayude a prevenir los riesgos laborales; en segundo lugar, reforzar la lucha contra las enfermedades relacionadas con el trabajo²⁰ y los cánceres profesionales²¹ y, por último, combatir el cambio demográfico. Tanto es así que llamó la atención de la Comisión el aumento de determinados riesgos profesionales visibilizados en la consulta realizada sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales²² dando así un nuevo impulso a nuevas contribuciones en materia de seguridad y salud en el trabajo²³.

2. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN PROCREADORA FRENTE A DISRUPTORES ENDOCRINOS PRESENTES EN EL ENTORNO DE TRABAJO

Como se apuntaba en la introducción de este apartado, alcanzar elevados niveles de seguridad y salud en el trabajo no es un asunto nuevo, al contrario, la protección de los trabajadores y trabajadoras frente a los riesgos derivados de la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos ha sido regulada jurídicamente desde hace décadas. Cabe recordar aquí los primeros convenios de la OIT²⁴ y la originaria Directiva 90/394/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo²⁵. Siendo previsible, la aludida Directiva fue objeto de modificación sustancial viendo

Campaña 2002: «Trabajemos contra el estrés»; Campaña 2001: «Si quieres el éxito, evita los accidentes»; Campaña 2000: «Da la espalda a los trastornos musculoesqueléticos».

²⁰ Sobre la tutela reparadora de las enfermedades profesionales en los textos de la UE, véase GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J.: *Las enfermedades profesionales*, Tirant lo Blanch, monografías, Valencia, 2017, pp. 83-84. VV. AA.: “Review of estimates of the global burden of injury and illness due to occupational exposures”, *American Journal of Industrial Medicine*, Vol. 48, núm. 6, 2005, pp. 491-499.

²¹ Véase investigación sobre el tema en *Environment and Breast Cancer: Science Review*; FUMERO DIOS, I. S., “Older workers and their special sensitivity from exposure to Carcinogens agents at work”, comunicación presentada en el 1^{er} Internacional Congress LA 2017 LABOUR 2030-Rethinking the Future of Work, Porto, 13-14 July. En prensa.

²² El 17 de noviembre de 2017, el Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea proclamaron en Gotemburgo el pilar europeo de los derechos sociales en la Cumbre Social para un Empleo y Crecimiento Justo. Este hecho reflejó el apoyo unánime de las instituciones de la UE a los principios y derechos del Pilar. Los 20 principios clave del pilar europeo de derechos sociales se agrupan en tres capítulos: Capítulo I: Igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral, Capítulo II: Condiciones de trabajo justas y, por último, el Capítulo III: Protección e inclusión social. En particular, el Capítulo II, hace referencia al derecho que tienen los trabajadores a un alto nivel de protección de su salud y seguridad en el trabajo (principio 10).

²³ Para una mejor aproximación al pilar europeo de los derechos sociales véase RAMOS QUINTANA, M.I.: “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿nos ponemos serios?”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 3, 2016, pp. 11-14; MONEREO PÉREZ, J. L. Y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El pilar europeo de los derechos sociales”, *La Ley Unión Europea*, núm. 49, 2017; BISCHOFF, G.: “El modelo social europeo y los derechos de los trabajadores: ¿por qué necesitamos un pilar europeo de derechos sociales?”, *Temas para el debate*, núm. 268 (marzo), 2017 (ejemplar dedicado a: Los sindicatos europeos ante la crisis), pp. 29-30; RAMOS QUINTANA, M. I.: “El pilar europeo de derechos sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 19-42; RAMOS QUINTANA, M. I.: “El ‘momento cumbre’ del pilar europeo de derechos sociales”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 37, 2018, pp. 8-11. La Consulta pública sobre el pilar europeo de derechos sociales se encuentra disponible en <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=333&langId=es&consultId=22&visib=0&furtherConsult=yes>

²⁴ Son varios los Convenios de la OIT que España ha ratificado desde su origen siguiendo los preceptos puestos en la letra g) del apartado III de la Declaración “protección adecuada de la vida y la salud de los trabajadores”. Sin intención de exhaustividad: Convenio núm. 13 sobre la cerusa (pintura), 1921; Convenio núm. 45; Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935, este convenio no está en vigor, la denuncia se efectuó en 14 de abril de 2008; Convenio núm. 62 - Convenio sobre las prescripciones de seguridad (edificación), 1937; Convenio núm. 115, sobre la protección contra las radiaciones, 1960, Convenio núm. 119, sobre la protección de la maquinaria, 1963; Convenio núm. 120, sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964; Convenio núm. 127, sobre el peso máximo, 1967; Convenio núm. 136 sobre el benceno, 1971; Convenio núm. 148, sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977. España ha aceptado únicamente las obligaciones relativas a la contaminación del aire y del ruido. Convenio núm. 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981; Convenio núm. 162, sobre el asbesto, 1986; Convenio núm. 176 sobre seguridad y salud en las minas, 1995; Convenio núm. 187, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006. Para mayor abundamiento véase *Normlex*, OIT.

²⁵ Conviene destacar que dicha Directiva fue modificada por primera vez mediante la Directiva 97/42/CE, de 27 de junio de 1997, y por segunda vez a través de la Directiva 1999/38/CE, de 29 de abril de 1999. Siendo objeto de transposición

(...)

ampliado, significativamente, su ámbito de acción por medio del cual el término “cancerígenos” es sustituido por “*carcinógenos o mutágenos*”, pasando a incorporar también este segundo tipo de agentes nocivos para la salud. Desde hace tiempo, la protección específica de determinados trabajadores ha sido reconocida, en el ámbito del derecho a la prevención de riesgos laborales, bajo la expresión “*grupos de riesgos o grupos expuestos*”²⁶.

Sin embargo, a pesar de los avances legislativos relativos a la seguridad y salud laboral, a día de hoy se sigue observando cierta desregulación sobre la protección y control de la exposición a determinados disruptores endocrinos. En este sentido, el artículo 25.2 de la LPRL reguló la tutela de la salud reproductora de los trabajadores y trabajadoras señalando que, *el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias.*

Pese a este marco regulador, la incidencia de la exposición laboral a agentes con efectos mutagénicos o de toxicidad en el sistema endocrino excede ampliamente del concepto de accidente de trabajo como suceso traumático, de carácter inmediato y que se produce de manera brusca e inesperada. En particular, cabe referirse a determinados agentes ambientales físicos, químicos o biológicos que inciden en el sistema endocrino provocando disfunciones en la reproducción, fertilidad y en el desarrollo de la descendencia. Su potencial peligrosidad en el organismo puede generar trastornos asociados al cáncer, infertilidad, obesidad y asma, entre otros.²⁷ Tanto es así que, la obligación empresarial de proteger la salud reproductiva debe ser garantizada mediante la ausencia de cualquier daño ya que, en definitiva, los agravamientos en el estado de salud que sufran los trabajadores debido a la prestación de servicios han de ser reconocidos como dolencias producidas con motivo u ocasión del trabajo. Dicho de otro modo, el reto actual que se plantea a la hora de invocar este derecho no es otro que preservar la preconcepción evitando así alteraciones endocrinas que afecten a las futuras generaciones.

En este contexto adquiere gran importancia los efectos que las nuevas sustancias peligrosas están provocado en los trabajadores²⁸. En muchos casos el desconocimiento sobre su retroproxicidad acentúa la vulnerabilidad de los trabajadores y trabajadoras expuestos a estos factores de riesgo. Una situación, esta última, que plantea el propósito de ejecutar acciones legislativas y técnicas relativas a la prevención, control y seguimiento de los riesgos emergentes²⁹. En el fondo, se debe entender que estamos ante una posible alteración de la salud biológica de los futuros progenitores. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho no se ha visibilizado, de manera expresa, en muchas disposiciones legislativas en cuanto a garantizar la protección de la función procreada de los trabajadores y trabajadoras.

en nuestro ordenamiento con arreglo al RD 349/2003, de 21 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, y por el que se amplía su ámbito de aplicación a los agentes mutágenos. BOE núm. 82, de 5 de mayo de 2003.

²⁶ VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Civitas Ediciones, Pamplona, 2008, p. 164.

²⁷ Sobre químicos disruptores en: <http://www.who.int/ceh/risks/cehemerging2/en/>.

²⁸ FUMERO DIOS, I.S.: “La Hoja de ruta de la Unión Europea sobre agentes carcinógenos en el trabajo”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 40, 2018, pp. 68-80. La Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (EU-OSHA) engloba dentro de los agentes peligrosos cualquier líquido, gas o sólido que suponga un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores.

²⁹ Entre los factores de riesgos emergentes destacan: a) las nanopartículas en múltiples usos, en muchos casos se desconoce el alcance de sus efectos y en otros se afirma que pueden provocar efectos cardiopulmonares, autoinmunitarios, incluso cáncer. Entre otros: Alérgenos y agentes sensibilizantes con efectos en la piel, en las membranas mucosas; Agentes carcinógenos o mutágenos con efectos tóxicos para la reproducción como el amianto, el polvo de sílice, el polvo de serrín, los disolventes orgánicos, los contaminantes orgánicos persistentes, los aminos aromáticos, los biocidas, etc. Véase, FACTS núm. 84, “Previsiones de los expertos sobre los riesgos químicos emergentes en relación con la seguridad y la salud en el trabajo”, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, Bélgica, 2009.

Por esta razón no debe considerarse prematura la idea de considerar la preconcepción como situación biológica a proteger frente a la exposición a agentes tóxicos, sino que por el contrario se ha de interpretar que el contenido de la acción protectora –dispuesto en el artículo 25.2 de la LPRL– obedece al legítimo derecho de garantizar la protección, no sólo en aspectos relativos a la función procreadora, sino también a la fertilidad y al desarrollo de la descendencia. Y es que, algunas voces del ámbito de la salud han señalado que es necesario que haya mayor grado de implicación e investigación sobre estos aspectos debido a la presencia de gran variedad de sustancias peligrosas en el entorno trabajo³⁰. Si bien, algunas sustancias dejan de estar fuera de las prácticas industriales, es cierto que los trabajadores continúan expuestos a un peligro residual debido a tareas de eliminación o transformación productiva. En consecuencia, las medidas de prevención y protección deberán atender a los casos de sensibilidad específica³¹.

Durante un largo período de tiempo, la protección de la función procreadora se evidenció en el cuidado y protección de la mujer trabajadora desnaturalizando el ámbito subjetivo de aplicación universal ya que mayoritariamente se establecían medidas destinadas a proteger la maternidad, parto o lactancia natural, es decir, proteger específicamente la concepción pero no la preconcepción.

Ante la complejidad de lo expuesto y dada la necesidad de regulación específica al respecto, es evidente que no solo se han de ejecutar acciones de reforma legislativa –cuyo reconocimiento podría garantizar de manera más eficaz la protección de los trabajadores y trabajadoras– sino que por el contrario se cree necesario realizar una profunda reflexión sobre aspectos de naturaleza técnica que garanticen un alto grado de seguridad y control frente a la exposición a agentes tóxicos presentes en el lugar de trabajo. Además, se aboga por un equilibrio en la elaboración de políticas preventivas que garanticen estándares mínimos de seguridad y salud laboral –tanto en aspectos relacionados con la fertilidad como con el desarrollo de la descendencia– con el objeto de hacerlas visibles a las demandas sociales y laborales. Entiéndase que la generación de un daño implica, irremediamente, el fracaso de la acción preventiva –esto supone que el empresario, o no ha evaluado correctamente el riesgo, o no ha dispuesto de todas las medidas necesarias que minimicen o reduzcan dicho factor de riesgo–. La gestión de los riesgos³² y la cultura preventiva son elementos de gestión que sirven para garantizar la disminución de los daños derivados del trabajo³³.

De esta forma, tras realizar una revisión exhaustiva en la normativa de ámbito interno, en materia de seguridad y salud laboral, se podría afirmar que el legislador ha sido poco susceptible a la hora de considerar la protección de la función procreadora de los trabajadores varones. En primer lugar, porque existe cierta oscilación entre la configuración del derecho a la protección de la función procreadora en determinadas disposiciones y la literalidad de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la LPRL. En segundo lugar, porque probablemente nos encontremos ante aspectos interpretativos que con seguridad se orientan hacia la mujer trabajadora en edad fértil como sujeto tutelado, lo cual no excluye la posterior ponderación del derecho a la protección de la función procreadora de los trabajadores varones³⁴. Es más, el aludido apartado del citado artículo asegura su ámbito de aplicación a la totalidad de trabajadores independientemente de ser considerados trabajadores especialmente sensibles³⁵.

Nos encontramos, pues, ante aspectos tan relevantes para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como para el Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales por cuanto, la idea de

³⁰ Declaraciones hechas por la Dra. María Neira, Directora de Salud Pública y Medio Ambiente de la OMS, disponible en un comunicado de prensa de 19 de febrero de 2013, OMS, Centro de Medios, Ginebra.

³¹ GUARDINO SOLÁ, X. Y GUASCH FARRÁS, J.: “Agentes químicos”, en *Salud Laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, Elsevier Masson, 2008, p. 315.

³² LÓPEZ PARADA, R. A.: *Gestión de la prevención de riesgos laborales. Guía jurídica*, Bomarzo, 2004, pp. 78-83.

³³ IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Madrid, Tecnos, 2015, p. 142.

³⁴ Por todas, STS, 4ª, de 25 de junio de 2008, Rec. Cas. 70/2007 la cual hace referencia al nexo causal entre el daño sufrido y su vinculación con el trabajo con motivo u ocasión.

³⁵ LÓPEZ AHUMADA, J. E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 30-37; COS EGEA, M.: “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 12, 2010, pp. 84-86.

garantizar la integridad física se dispone mediante una protección eficaz en materia de seguridad y bienestar en el trabajo³⁶. Y a tal efecto, el citado derecho recae en una obligación para el empresario dado que es él el que genera el riesgo y por tanto deudor de seguridad³⁷. A la hora de valorar la adopción de medidas preventivas necesarias para evitar la exposición indiscriminada de los trabajadores el empresario deberá tener en cuenta ciertos criterios de identificación sobre la exposición ocupacional y su incidencia en la función procreadora³⁸.

En este marco, resulta sustancialmente inevitable mencionar la nueva estrategia de la *European Chemicals Agency* (ECHA) por cuanto promueve la sustitución de productos tóxicos por otros productos o tecnologías que garanticen mayor grado de seguridad a los trabajadores frente a la exposición a estos agentes nocivos para la salud. La estrategia forma parte de las prioridades de la UE en relación con una economía circular y con el uso y fabricación de sustancias más sostenibles que favorezcan un entorno libre de tóxicos. Esta estrategia de sustitución genera un cambio de mentalidad empresarial concibiéndola como un proceso de innovación productiva a la vez que da respuesta a los objetivos del Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas 2020- 2030³⁹.

III. FACTORES DE RIESGO Y EFECTOS EN EL EMBARAZO Y EN LA FUNCIÓN PROCREADORA DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS

La progresiva incorporación de la mujer al mundo del trabajo productivo, no familiar, ha incrementado el número de personas expuestas a riesgos laborales con incidencia en la función procreadora. Algunos factores de origen laboral, como los agentes físicos, químicos y biológicos, lesionan la salud reproductiva de los trabajadores y trabajadoras por igual pudiendo generar una alteración en el material genético o en la capacidad reproductora.

Más allá de algunos pocos pronunciamientos –doctrinales y jurisprudenciales– que evidencian la relación de causalidad entre los factores de riesgo y su incidencia en el embarazo y lactancia⁴⁰ y en la función procreadora de los trabajadores y trabajadoras, se ha de acudir al reconocimiento a numerosos estudios científicos que avalan que la exposición a determinados agentes físicos, químicos y biológicos provocan efectos nocivos en la salud de los trabajadores⁴¹. Los efectos derivados de la exposición laboral y la toxicidad de determinadas sustancias pueden manifestarse provocando alteraciones en el ciclo reproductivo además causar efectos en la primera etapa del embarazo –embriogénesis anormal, parto prematuro y abortos espontáneos, entre otros⁴²– y en la descendencia mediante la lactancia natural. En el caso de los trabajadores, determinados factores de riesgo laboral afectan al sistema reproductor del varón provocando múltiples alteraciones en los espermatozoides y en la transferencia del esperma.

A ello debemos sumar los efectos de algunas sustancias peligrosas en la actividad hormonal –alteradores endocrinos– causando efectos en la función procreadora como por ejemplo la pérdida de la calidad del semen o disfunciones en el desarrollo de los óvulos⁴³.

³⁶ Véanse al respecto las STC 160/2007 de 2 de julio y la STJUE de 19 de mayo de 2011 (C-265-2010).

³⁷ STSJ de Aragón, de 4 de octubre de 2013. Rec. núm. 416/2013.

³⁸ En estos términos “Guidance for the identification of endocrine disruptors in the context of Regulations” (EU) núm. 528/2012 y (EC) núm. 1107/2009, Pre-publication version Drafted by EFSA y ECHA, 2018. Esta versión queda sujeta a una versión final programada para el mes de julio de 2018.

³⁹ Sobre la estrategia de substitution “Strategy to promote substitution to safer chemicals through innovation”, ECHA-18-R-02-EN, Helsinki, Finland, 2018.

⁴⁰ STS de 24 de enero de 2017. Rec. núm.1902/2015.

⁴¹ Véase al respecto: “The Effects of Workplace Hazards on Male Reproductive Health”, National Institute for Occupational Safety, *DHHS (NIOSH) Publication*, n° 96-132, 1996, pp. 5-8.

⁴² En este sentido: “Los Efectos de los Riesgos Laborales en la Salud Reproductiva Femenina”, *Publicación DHHS (NIOSH) núm. 99-104*, 1999, pp. 19-20.

⁴³ VV.AA. “Exposición ocupacional a productos químicos y salud reproductiva”, *Reproductive and Developmental Toxicology*, Elsevier Inc., San Diego, 2011, pp. 949-959.

II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Relación no exhaustiva de agentes tóxicos y efectos en la salud de los trabajadores

Exposición laboral a: (agente)	Efectos adversos en la salud
Disolventes orgánicos (benceno, disulfuro de carbono, tetracloroetileno y tolueno, entre otros)	Pueden aumentar los riesgos de padecer defectos congénitos, riesgo de aborto, efectos reproductivos
Disolventes específicos - Éteres de glicol y sus acetatos. Etilenglicol - 2-metoxietanol y al etoxietanol - Disulfuro de carbono - Tolueno	- Aborto espontáneo, baja fertilidad, baja calidad del esperma. - Reducción de la calidad del semen Se sospecha que pueden provocar efectos en la fertilidad y en el feto. - Disminución de la libido, alteradores de las hormonas sexuales, trastornos menstruales - Bajos niveles de fertilidad en el caso de las mujeres. Graves efectos adversos en el embarazo
Plomo ⁴⁴ , mercurio y cadmio	Aborto espontáneo, disfunción reproductiva, baja calidad del semen. Efectos carcinógenos. El mercurio se deposita en la placenta y el cadmio puede actuar como un disruptor endocrino
Níquel, monóxido de carbono, manganeso	Elevado riesgo de infertilidad, alteración en las propiedades del semen
Pesticidas ⁴⁵ (herbicidas, insecticidas, fungicidas, fumigantes)	Efectos adversos en la salud reproductiva.

Elaboración propia a partir del estudio "Efectos reproductivos causados por agentes químicos y biológicos"⁴⁶.

Ante estos datos interesa destacar algunas directrices técnicas de prevención que sirven de orientación en la gestión y control de ciertos agentes tóxicos con incidencia en la salud reproductiva. En particular, la guía de buenas prácticas sobre tóxicos para la reproducción femenina señala, en primer lugar, que existen evidencias de que la exposición en ciertos contextos laborales es peligrosa y puede perturbar el ciclo reproductivo de la mujer. Asimismo, se señala que la gónada femenina posee un número finito de células germinales desde que la mujer nace⁴⁷. Ahora bien, desde el punto de vista de la incidencia de agentes o sustancias peligrosas para la salud de la mujer hay que señalar que la protección específica se sigue aplicando desde el momento del hecho causal, la concepción. Por supuesto, nada que objetar a la protección establecida en el artículo 26 de la LPRL. Si bien, señalar que la aplicación de medidas específicas en la preconcepción deber seguir el rigor establecido en el artículo 25.2 de la LPRL, ya que numerosas normas de desarrollo sólo se refieren a la protección en situación de embarazo, parto o lactancia. La acción preventiva también debe adelantarse a la concepción⁴⁸. Es por esta razón por lo que surge la necesidad de garantizar jurídicamente una protección reforzada destinada a salvaguardar la salud y del trabajador y la trabajadora durante la vida fértil.

Queriendo profundizar sobre la protección y prevención de la salud reproductiva, se ha de acudir a la Nota Técnica de Prevención (en lo sucesivo, NTP) del Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (en lo sucesivo, INSSBT) relativa a la protección y promoción de la salud reproductiva⁴⁹.

La NTP 612 señala, a modo de ejemplo, algunos tóxicos como: las radiaciones ionizantes, el benceno, el cloruro, el plomo, el fluoruro de cadmio, etc. con incidencia lesiva en la salud de los

⁴⁴ La Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre dispone en el apartado 1) del artículo 6 que las mujeres en estado de embarazo no podrán realizar actividades que supongan un riesgo por exposición a agentes tipificados en el Anexo II, sección A y B (plomo y derivados).

⁴⁵ El Comisario de Salud y Seguridad alimentaria D. Vytenis Andriukaitis ha insistido a los Estados miembros y al Parlamento Europeo sobre la aprobación de la normativa sobre estos disruptores endocrinos "este voto demuestra la determinación de la unión europea para diseñar una política comunitaria sobre disruptores endocrinos. Es un éxito. Una vez aprobado, el texto asegura que cualquier sustancia que sea identificada como disruptor endocrino para personas o animales puede ser evaluada, si procede, y retirada del mercado". Los criterios de identificación relativos a estos disruptores en biocidas serán aplicables desde el 7 de junio de 2018. El TJUE advierte a Bruselas sobre el incumplimiento de sus obligaciones por inaplicación de los criterios de seguridad al respecto.

⁴⁶ VV.AA.: "Efectos reproductivos causados por agentes químicos y biológicos", Disponible en <https://oshwiki.eu/wiki/>.

⁴⁷ Véase "NTP 542: Tóxicos para la reproducción femenina", MTAS, INSSBT, 2000, pág. 1.

⁴⁸ GARCÍA HEVIA, O.: "Riesgo químico y mujeres. ¿El género importa en la prevención de riesgos laborales?", *Archivo Prevención Riesgos Laborales*, Vol. 13, núm. 3, 2010, pp-125-127.

⁴⁹ Véase "NTP 612: Protección y promoción de la salud reproductiva: funciones del personal sanitario del servicio de prevención", MTAS, INSSBT.

trabajadores. En relación con la toxicidad de determinados agentes nocivos para la reproducción, el criterio técnico indica que la lesión dependerá del momento de la exposición en relación con el ciclo reproductor y el desarrollo del embarazo, así como que no afecta por igual a todas las mujeres, sino que dependerá de aspectos intrínsecos y extrínsecos de la trabajadora. Por ello, la aludida NTP aporta varias tablas de agentes físicos, químicos y biológicos peligrosos para la reproducción femenina⁵⁰ además, de fijar recomendaciones técnicas como el correcto almacenaje de productos químicos, la higiene personal antes y después del contacto con sustancias químicas, la colaboración en las actividades de formación e información, educación en prácticas preventivas para evitar la contaminación del hogar familiar del trabajador –dejar la ropa de trabajo en el centro, que el lavado de la ropa se haga en la empresa con medidas establecidas para ello, entre otras–.

En el caso particular de la exposición de los trabajadores varones a agentes tóxicos para la reproducción, la NTP 441 sobre tóxicos para la reproducción masculina ha fijado algunas directrices sobre buenas prácticas⁵¹. Como ya se ha apuntado, determinadas sustancias tóxicas provocan en la función procreadora efectos lesivos en los gametos masculinos pudiendo alterar la información genética del trabajador. Sin embargo, la NTP advierte de la complejidad del sistema reproductivo masculino afirmando que permite múltiples puntos de interacción con agentes externos, por lo que la relación causa-efecto no siempre resulta del todo evidente. Asimismo, la NTP identifica como sustancia mutagénica, en particular, el pesticida: 1, 2-dibromo-3-cloropropano (DBCP) ya que muestra estrecha conexión entre problemas de fertilidad y otras consecuencias reproductivas adversas⁵². En el mismo sentido, se hace especial hincapié al señalar que todas las sustancias clasificadas como tóxicos para la fertilidad son, al mismo tiempo, tóxicos para el desarrollo humano. Establecer medidas preventivas frente a estos riesgos supone que difícilmente se podrán fijar límites fiables o seguros para la salud. Por esta razón, se invita a adoptar similares medidas de protección que las empleadas para la exposición a agentes carcinógenos.

En este punto, conviene recordar la correlación por la cual “la mayor parte de las sustancias cancerígenas son también mutágenas y a la inversa”⁵³. De ahí que el tratamiento preventivo sea análogo.

Además de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo podemos encontrar otros factores que inciden en la salud de los trabajadores. Por lo tanto, estos factores de riesgo deben ser evaluados y tenidos en cuenta por el empresario, puesto que la causa que desencadena los riesgos derivados del trabajo se debe, mayoritariamente, a la conjunción de varios factores susceptibles de originar una enfermedad profesional o una enfermedad relacionada con el trabajo –que, como es sabido, se asimila en su protección al accidente de trabajo–.

Con carácter general, se complementan: en primer lugar, factores externos al trabajador –agentes físicos, químicos y biológicos, incluso, aspectos económicos, sustancias estupefacientes, estilo de vida, etc.⁵⁴– y, en segundo lugar, factores intrínsecos al sujeto pudiendo condicionar en mayor o

⁵⁰ TABLA 1. Sustancias que tienen asignadas las frases R60, R61, R62, R63, R64., TABLA 2. Agentes físicos y químicos presentes en el lugar de trabajo y que son peligrosos para la reproducción femenina, TABLA 3. Agentes biológicos presentes en el lugar de trabajo causantes de enfermedades y que son peligrosos para la reproducción femenina,

⁵¹ Véase NTP 441: “Tóxicos para la reproducción masculina”, MTAS, INSSBT, 1997.

⁵² GARCÍA, A. M.: “Condiciones de trabajo y reproducción: un recorrido por las evidencias”, *Arch Prev Riesgos Labor*, 1999; 2 (1), pp. 19-25. La autora nos aproxima mediante dos estudios de casos a dos factores de riesgo laboral que inciden en la reproducción. En primer lugar, se acerca a un estudio realizado por Whorton y colaboradores, sobre la infertilidad masculina provocada por el Dibromocloropropano en la industria productora de plaguicidas en California. El segundo de los casos versa sobre las pantallas de visualización de datos y los riesgos reproductivos. La autora describe un estudio realizado entre 1978 y 1980 en el que se formularon 3 hipótesis para explicar que la exposición a las pantallas de visualización de datos generaba un riesgo reproductivo (carga física, debido a que el ejercicio del trabajo se realizaba sentado durante la jornada, factores psicosociales asociados a la organización del trabajo y por último la emisión de radiaciones electromagnéticas. Los resultados para estas hipótesis fueron negativos. Los autores han concluido el trabajo afirmando que sólo algunos estudios evidencian un exceso de ciertos trastornos reproductivos, pero el efecto del sesgo de recuerdo no se debería excluir en la investigación de campo.

⁵³ Véase NTP 119: Cancerígenos químicos, MTAS, INSSBT, 1984, pág. 1.

⁵⁴ MATEO FLORÍA, P.: *Gestión de la Higiene Industrial en la Empresa*, 7ª ed., Fundación Confemetal, Madrid, 2007 p. 59.

menor medida la generación de una patología laboral. Se está, pues, ante elementos propios de la naturaleza del trabajador o trabajadora. Entiéndase, en este punto, las posibles características personales de los trabajadores como la edad, el sexo, el código genético, etc.

IV. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS Y DE PROTECCIÓN NECESARIAS

La normativa actualmente en vigor dispone que el empresario deberá garantizar de manera específica la protección de la maternidad y la función procreadora y evaluar los riesgos tomando en consideración la naturaleza, el grado y la duración de la exposición. Esta regla jurídica vino a fijar, de manera expresa, las correspondientes medidas preventivas destinadas a la maternidad, aunque a mi juicio y por todo lo expuesto la ley no aclara definitivamente las medidas a adoptar en el caso de la protección de la función procreadora, señalando que se deberán “adoptar las medidas preventivas necesarias”.

1. MEDIDAS PREVENTIVAS ANTE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO, PARTO O LACTANCIA NATURAL

La evaluación de los riesgos: una vez conocida la situación de gestación o lactancia de la mujer trabajadora le corresponde al empresario evaluar el puesto de trabajo con el propósito de identificar los riesgos presentes en su puesto de trabajo⁵⁵. Si los resultados de la evaluación indicaran que existe un riesgo significativo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o en periodo de lactancia, el empresario deberá adoptar todas las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo incluyendo cuando así se determine, la no adscripción a un puesto de trabajo nocturno o a turnos⁵⁶ en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la LPRL. El incumplimiento de las obligaciones de no adscripción de trabajadores en puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o por estados o situaciones transitorias y que por ello no respondan a las demandas psicofísicas del puesto de trabajo, será considerado como infracción grave según lo dispuesto en el artículo 12.7 de la Ley General de Infracciones y Sanciones de Orden Social⁵⁷.

Adaptación de las condiciones de trabajo: a tal fin, el empresario deberá contemplar alternativas posibles para que la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia natural pueda ejercer su trabajo sin que se exponga a un riesgo grave para su salud o la de su feto. En su dimensión constitucional se admite la tutela al derecho a la integridad física de la trabajadora en virtud de lo establecido en el artículo 15 de la Constitución Española. Supone, pues, un requerimiento previo a la exposición efectiva una vez identificado el riesgo⁵⁸.

Cambio de puesto de trabajo o movilidad funcional: cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no fuera posible o, contrariamente las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir significativamente en la salud de la trabajadora embarazada o en el feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora, la

⁵⁵ PÉREZ DEL RÍO, T Y BALLESTER PASTOR, A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid, (La Ley), 2000, p.52; VELASCO PORTERO, M. T.: “Prevención de riesgos laborales de la mujer embarazada y en periodo de lactancia, *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, núm. 68, 2010, pp. 22-25.

⁵⁶ MONTOYA MELGAR, A. Y PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, (Ed.) Mac Graw Hill, Madrid, 2. ed., p. 103; PANIZO ROBLES, J.A.: “La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)”, *RMTAS*, núm. 34, 2002. p. 56.

⁵⁷ BOE de 189 de 8 de agosto de 2000.

⁵⁸ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: “La obligación del empresario de adaptación del puesto de trabajo”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6, núm. 7, 2013, pp. 305-306; VV.AA.: “Adaptación de un puesto de trabajo con teas de constitución de citostáticos para una trabajadora sanitaria alérgica al látex”, *Archivos de prevención de riesgos laborales*, Vol. 14, núm. 3, 2011, p. 148.

trabajadora deberá prestar sus servicios en un puesto de trabajo o función diferente compatible con su estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.1 del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET)⁵⁹. Sin embargo, la ley permite que no siendo posible la adaptación de las condiciones de trabajo, se proceda a realizar una movilidad funcional compatible con su estado previa consulta con los representantes de los trabajadores para determinar la relación de puestos de trabajos exentos de riesgo –el empresario deberá garantizar los derechos inherentes al puesto de trabajo inicial⁶⁰–.

Suspensión del contrato (artículo 26.4 de la LPRL): y, finalmente, si las medidas anteriores no fueran posibles, el empresario podrá declarar el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato con el objeto de proteger la situación de embarazo, según contempla el artículo 45.1 d) del ET.

2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPOSICIÓN A AGENTES TÓXICOS Y SU INCIDENCIA EN LA FUNCIÓN DE PROCREACIÓN

Uno de los principios preventivos más relevantes encaminados a preservar la salud de los trabajadores frente a la exposición a agentes tóxicos viene regulado en el art. 15.1f) de la LPRL en virtud del cual el empresario deberá “sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro”. En este contexto teórico es preciso aclarar y considerar la existencia de marcos regulatorios heterogéneos –de contenidos jurídico-técnicos– en relación con la seguridad y salud laboral de los trabajadores y trabajadoras expuestos a agentes físicos, químicos y biológicos. Sin duda, el desarrollo reglamentario en materia de seguridad y salud laboral es abundante y regula, en la mayoría de los casos, aspectos poco o nada jurídicos, en muchos de los casos demasiado técnicos⁶¹.

La evaluación de riesgos: dado que en este sentido no se está ante lesiones traumáticas y objetivables de manera inmediata, el empresario deberá identificar y realizar la evaluación de los riesgos de los trabajadores expuestos con ocasión de la elección de los equipos de trabajo y de las sustancias o agentes químicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2 a) de la LPRL sobre los riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. Se sostiene de esta manera la exigencia empresarial de evaluar todos los riesgos que no se hayan podido evitar independientemente que no se encuentren regulados tácitamente en disposiciones normativas ya que la generalidad imposibilita prever todos los factores de riesgo que se generan en el proceso productivo.

Para llevar a cabo la evaluación de los riesgos se ha de tener en cuenta supuestos especiales, como la maternidad, lactancia natural, y la protección de la función procreadora, a los que se alude en el artículo 25.2 y 26 de la LPRL. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo significativo, el empresario deberá adoptar las medidas preventivas necesarias, a través de la mejora de las condiciones del puesto de trabajo o bien mediante la reducción del tiempo de exposición⁶². Con esta especificación y en virtud de lo dispuesto en el art. 3.1 del RD 665/97, de 12 de mayo, aquellos factores de riesgo que inciden en la función procreadora –carcinógenos o mutagénicos– que no hayan podido evitarse deberán ser evaluados tomando en consideración la naturaleza del agente, el grado y el tiempo de exposición –artículo 2 del RSP–.

Instrucción y formación sobre el tóxico: de acuerdo con la normativa vigente, las empresas deben formar e informar a sus trabajadores sobre los factores de riesgo que inciden en la fertilidad, embarazo y lactancia natural, en particular, por la exposición a agentes con efectos mutágenos o de toxicidad para la procreación –fertilidad o desarrollo de la descendencia–. La información sobre el tóxico, sus efectos, así como las medidas preventivas y de protección deberán ser objeto de

⁵⁹ BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015.

⁶⁰ STS de 27 de mayo de 2015. Rec. 103/2014; STS de 10 de enero de 2017, Rec. 10/2017.

⁶¹ En el mismo sentido, TUDELA CAMBRONERO G., Y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Ley de prevención de riesgos laborales y normativa de desarrollo*, 1ª ed., Colex, 2002. p. 46. En el mismo sentido SALIDO BANÚS, J.: sobre otras disposiciones reglamentarias cita el apartado “C) La reglamentación horizontal, orgánica, sectorial y sobre productos concretos” en VV.AA. *Manual de prevención de riesgos laborales (seguridad, higiene y salud en el trabajo)*, GARCÍA NINET, J.I. (Dir.) Y MORENO CÁLIZ. S. (Coord.), Atelier, 3ª ed., Barcelona, 2012, pp. 111-113.

⁶² STSJ de Castilla León, de 30 de noviembre de 2011.

información directa e individual a cada trabajador afectado, sin perjuicio de que esta información llegue a través de sus representantes. En este sentido, el legislador ha reclamado del empresario un papel activo y diligente en la gestión de los riesgos laborales. La información se podrá dar en forma de instrucciones en relación con los riesgos potenciales para la salud, la higiene personal, los equipos y ropa de protección, las consecuencias que se derivan de la utilización de esos agentes tóxicos, las medidas a adoptar, etc. En otro caso, la información podrá darse mediante criterios de señalización siempre y cuando sean claramente reconocibles por los trabajadores expuestos. No facilitar esta información supone un incumplimiento exigido por el artículo 19 de la LPRL.

Principio de sustitución y reducción: algunas voces han entendido que este precepto soporta una depreciación en el grado de compromiso que incorpora la disminución frente a la evitación⁶³. Evidentemente, la medida más efectiva para lograr el efecto que se desea o se espera en este caso – eliminar el riesgo– es sin duda, la eliminación o sustitución del agente. Bien sea por separación o alejamiento del sujeto receptor o bien, por cambiar el agente tóxico por otro. De igual manera, se puede minimizar el riesgo mediante el uso de tecnología o herramientas que permitan evitar el contacto directo con el trabajador–campanas de extracción de gases, columnas químicas, etc.– De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo –sexta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo)⁶⁴, el empresario deberá reducir la utilización en el trabajo de dichos agentes en la medida que ello sea técnicamente posible. A mi juicio, sería deseable que la norma aclare las medidas que prevé para evitar así interpretaciones incorrectas y consecuencias en la práctica empresarial.

Tiempo de exposición: en este sentido, se aconseja y se debe proceder a reducir el tiempo de exposición, evitándose de esta forma la exposición indiscriminada e innecesaria. Asimismo, se deberán efectuar controles técnicos apropiados reduciendo la exposición de los trabajadores al tiempo estrictamente necesario para evitar las exposiciones accidentales, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 7.2. a) del RD 665/97, de 12 de mayo.

Vigilancia de la salud: el empresario garantizará un adecuado reconocimiento médico y deberá ofrecerlo a los trabajadores expuestos en los siguientes casos: antes del inicio de la exposición, a intervalos regulares, con la periodicidad que los médicos determinen considerando el agente y el tipo de exposición cuando sea necesario por haberse detectado en algún trabajador de la plantilla, con la misma exposición, alguna disfunción en su estado de salud que pueda deberse a la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos. Por supuesto, los trabajadores tienen derecho a la revisión de sus resultados médicos. De este modo se verifica el estado de salud de los trabajadores expuestos a dichos agentes y se aconsejará e informará sobre cualquier control médico pertinente con posterioridad al cese de la exposición, apartado 3 del artículo 37 del RSP. De acuerdo a esta medida preventiva, todos los aspectos relacionados con la vigilancia de la salud se efectuarán siguiendo los preceptos contenidos en el art. 22 de la LPRL y en el artículo 8 del RD 665/97, de 12 de mayo.

Seguridad en los procesos industriales: como ya se ha señalado, la exposición de trabajadores a agentes tóxicos o sustancias carcinógenas, mutagénicas y reprotóxicas determina la obligación del empresario a implementar medidas de prevención y protección. Ello permite adoptar actuaciones preventivas como, por ejemplo, medidas de higiene personal o de protección individual. Una adecuada tutela preventiva obliga al empresario a conceder a los trabajadores expuestos a agentes

⁶³ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Artículo 4. Definiciones”, en VV:AA.: *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia* (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., (Dir.) y THIBAUT ARANDA, J., (Coord.)), La Ley, 2008, Madrid, p. 138.

⁶⁴ Al respecto véanse los siguientes Reales Decretos: Real Decreto 598/2015, de 3 de julio, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención; Real Decreto 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo; Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo y el Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo.

carcinógenos o mutágenos el derecho a disfrutar dentro de la jornada de trabajo de 10 minutos antes de la comida y a otros 10 minutos antes de abandonar el trabajo para su aseo personal, tal y como se dispone en el artículo 6.2 del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo.

V. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN Y TENDENCIA

Los entornos cambiantes del mercado de trabajo han generado la necesidad de impulsar nuevas estrategias destinadas a minimizar los efectos que en la salud de los trabajadores tienen los riesgos derivados del trabajo.

1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

Con objeto de delimitar el deber empresarial de adoptar las medidas preventivas necesarias surge la controversia jurídica de saber si se ostenta el derecho a una protección reforzada. En este sentido, defiende el Tribunal que los preceptos contenidos en el artículo 25 de la LPRL no sólo recogen supuestos derivados de contingencias profesionales, sino que su ámbito aplicación se entiende en toda su extensión incluyendo la prevención de riesgos personales derivados de dolencias comunes ya que éstas pueden sufrir agravamiento con motivo u ocasión del trabajo⁶⁵.

Por otra parte, se postula el derecho a la indemnización de daños y perjuicios y a la adopción de medidas preventivas necesarias frente a la exposición a agentes tóxicos para la reproducción. En estos extremos, se ha de señalar que la exposición a tóxicos como el Dicloruro de Dibutilestano y Óxido de Dibutilestano –Categoría 2⁶⁶ con efectos mutagénicos– provocan efectos adversos para la fertilidad. Dichos tóxicos pueden deteriorar el material genético dentro de las etapas tempranas de la espermatogénesis. Sus efectos se pueden materializarse por el contacto, inhalación o ingestión si no se disponen de medidas preventivas necesarias. Ante estos hechos constitutivos, el Tribunal entiende que no existe nexo causal entre la exposición a dichos agentes y la infertilidad del trabajador –*inexistencia de causa efecto entre el uso de componentes químicos potencialmente tóxicos y el aborto espontáneo de la esposa del demandante*⁶⁷–. Por lo tanto, lejos de considerar un riesgo potencial para la salud reproductiva, sólo procede tomar en consideración la existencia de responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento contractual debido a la existencia de un daño por falta de medidas de seguridad.

En otro orden, se demanda el reconocimiento a percibir la prestación de riesgo durante el embarazo y lactancia derivado de la exposición laboral a agentes carcinógenos. En este sentido, la lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo relativa al exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia señala que, ante esta situación no debe existir riesgo alguno de exposición. No ofrece duda la dicción del art. 26.1 de la LPRL al disponer que la salud de la trabajadora y de su hijo deberá ser protegida, en tanto en cuanto, el riesgo comprenda la exposición a agentes, procedimientos o condiciones que incidan negativamente en la salud de la trabajadora, –la epíclorhidrina, puede provocar cáncer⁶⁸ y se sospecha que perjudica a la fertilidad y

⁶⁵ STJ de Castilla y León de 3 de enero de 2001.

⁶⁶ A tenor de la siguiente categorización recogida en el Reglamento (CE) núm. 1272/2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas: se entiende por categoría 2: “sustancias que preocupan porque puede inducir mutaciones hereditarias en las células germinales humanas. Sustancias de las que se sospecha que son tóxicas para la reproducción humana”. La adopción del Reglamento (CE) núm. 1272/2008 implicará que, a partir del 1 de junio de 2015, se llevará a cabo la completa derogación de las dos directivas comunitarias que regulaban esta materia: la Directiva 67/548/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1967, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de clasificación, embalaje y etiquetado de las sustancias peligrosas, y la Directiva 1999/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 1999, sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la clasificación, el envasado y el etiquetado de preparados peligrosos.

⁶⁷ STSJ de Aragón núm. 539/2015 de 18 de septiembre (AS/2015/1661).

⁶⁸ Sobre agentes carcinógenos categoría 1B, véase el anexo VIII del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. BOE núm. 27, de 31 de enero de 1997. Última actualización 10 de octubre de 2015.

que daña al feto⁶⁹-. Baste aquí analizar la controversia jurídica que surge ante imposibilidad empresarial de adoptar medidas preventivas en todas las fases de la actividad de la trabajadora afectada. El criterio judicial dicta suspensión del contrato y no se acredita la práctica en lactancia natural entre el 5º y 9º mes. Suele ocurrir que en las primeras semanas de la concepción la mujer suele desconocer el estado en el que se encuentra.

2. DATOS EMPÍRICOS QUE DEMUESTRAN LA INCIDENCIA DE LOS RIESGOS LABORALES EN LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES

Como es sabido, las sustancias peligrosas se encuentran presentes en cualquier empresa independientemente del tamaño, actividad, o número de trabajadores. Respecto a los trabajadores con mayor riesgo, cabe señalar que el colectivo es heterogéneo y suele englobar a los trabajadores jóvenes, migrantes, temporales. En este sentido, la UE puso de manifiesto la necesidad de acometer nuevas herramientas de control y prevención frente a la exposición a sustancias peligrosas presentes en el trabajo.

El Observatorio Europeo de Riesgos⁷⁰ señala que cada año se producen alrededor de 74.000 muertes por el contacto o exposición laboral a sustancias peligrosas⁷¹ tóxicas lo cual supone un daño laboral 10 veces más alto que los acaecidos por accidentes de trabajo⁷².

Cifras oficiales emitidas por el INSSBT reflejan que, respecto al número de partes registrados en 2015, los agentes físicos –ruido, vibraciones, radiaciones– agrupan el mayor número de enfermedades profesionales, casi el 81 % del total, dónde el 12 % representan el total de partes de enfermedades profesionales notificados respecto del 3,7 % que notifican los trabajadores varones. De estos y con mayor detalle se ha de señalar que el peso de enfermedades causadas por agentes biológicos recaen sobre la mujer trabajadora. De hecho, un reciente estudio ha señalado que casi el 15 % de los trabajadores de la UE manipula sustancias peligrosas o se encuentra expuesto a la inhalación de humo o polvo en el ejercicio de su actividad laboral⁷³. Precisamente lo anterior se relaciona con los resultados de la segunda edición de la Encuesta Europea (EU-OSHA) sobre riesgos nuevos y emergentes y sobre la exposición laboral a sustancias químicas y biológicas –que viene a señalar que aproximadamente el 38 % de trabajadores se encontraban expuesto a agentes tóxicos en el trabajo–.

VI. REFLEXIONES FINALES

En el caso de embarazo, parto o lactancia natural la empresa debe disponer un protocolo de actuación preventiva que aborde un estudio de manera individualizada por puesto de trabajo. Entre las medias preventivas a adoptar caben las restricciones de tareas o no la adscripción a determinados puestos de trabajo mientras exista riesgo para la mujer en situación de embarazo.

⁶⁹ Reglamento (CE) núm. 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, y por el que se modifican y derogan las Directivas 67/548/CEE y 1999/45/CE y se modifica el Reglamento (CE) no 1907/2006.

⁷⁰ El Observatorio Europeo de Riesgos (OER) es una entidad que se dedica a recoger información en materia de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito europeo, principalmente describe y representa las tendencias y factores de riesgo laboral con el objeto de anticiparse a los cambios del trabajo y, evitar así su posible repercusión en la salud y en la seguridad de los trabajadores.

⁷¹ KEEN, C.: “Dangerous substances (chemical and biological)”, OSHwiki, Agencia Europa para la Seguridad y Salud en el Trabajo (en repetición, EU-OSHA). Disponible en [https://oshwiki.eu/wiki/Dangerous_substances_\(chemical_and_biologicial\)](https://oshwiki.eu/wiki/Dangerous_substances_(chemical_and_biologicial)). Se señala en este documento que las sustancias peligrosas se pueden presentar en forma de nieblas, vapores o polvos. En este sentido, la forma física de las sustancias puede tener un impacto significativo en la salud de los trabajadores, particularmente en el caso de los nanomateriales y nanopartículas ya que presentan riesgos específicos debido a su tamaño extremadamente pequeño.

⁷² BRUN, E.: “Expert forecast on emerging chemical risks related to occupational safety and health”, Informe del Observatorio de Riesgos, EU-OSHA, 2009, p. 5.

⁷³ Disponible en <https://osha.europa.eu/en/themes/dangerous-substances>.

Más allá del mero ejercicio teórico se ha de señalar que existen claras evidencias que justifican la necesidad de elevar los niveles de seguridad y salud frente a los agentes tóxicos presentes en el lugar de trabajo. Ante este escenario, resulta imprescindible que las empresas identifiquen y evalúen estos factores de riesgos además de poner en conocimiento de los trabajadores el efecto potencial que tienen estos agentes en la salud reproductiva y en el embarazo. La protección de la salud reproductiva debe ser visible y entendida como un derecho del trabajador frente los riesgos a los que está expuesto. Generalmente los riesgos para la salud reproductiva no suelen detectarse ni gestionarse por falta de información o desconocimiento, por ello, estos factores de riesgos nocivos para la reproducción no son registrados en la evaluación de los riesgos.

Los trabajadores deben tener información sobre los riesgos potenciales a los que se encuentran expuestos y los efectos que se generan en su futura descendencia. De esta manera se podría afirmar que se está ante un derecho que se materializa en los descendientes de los trabajadores expuestos. Por esta razón, se aconseja el análisis prematuro del riesgo para evitar el efecto no deseado.

CAPÍTULO IX. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL DEPORTE PROFESIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: UNA APROXIMACIÓN AL SISTEMA AUSTRALIANO

ROCÍO GUERRERO JAREÑO
Investigadora predoctoral
Universidad Rey Juan Carlos

I. INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, en la actualidad, las medidas preventivas asociadas a la protección de la maternidad, recogidas en el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, han conseguido que, en la mayoría de los casos, sea totalmente compatible la prestación de servicios con la situación de embarazo.

Sin embargo, existe la errónea creencia de que maternidad y deporte de élite son incompatibles, tanto por sus presuntos efectos negativos para la gestante o el feto, como por la posible disminución de rendimiento con posterioridad al parto.

A pesar de que las anteriores afirmaciones no son ciertas, dicha creencia obliga a gran parte de las deportistas a renunciar, o bien a la maternidad, o bien a su carrera profesional.

Tanto es así, que muchas de las deportistas profesionales de nuestro país, además de tener unas condiciones laborales precarias, se ven forzadas a firmar cláusulas antiembarazo en sus contratos. Dichas cláusulas suponen la extinción automática de sus contratos en caso de que estas decidan quedarse embarazadas. Además, otra de las consecuencias de la maternidad en el deporte, es la pérdida de los patrocinadores.

Pues bien, investigaciones desarrolladas en otros países como, por ejemplo, Australia, así como la propia experiencia de algunas deportistas, demuestran que llevando a cabo una serie de medidas eficaces en materia de Prevención de Riesgos Laborales, se puede conseguir compaginar deporte profesional y maternidad.

Aun así, debido a las especiales características de esta profesión, aun cuando existe una protección general de la maternidad, se presenta necesario establecer un tratamiento específico cuando se está ante una deportista profesional en situación de embarazo.

Por ello, el objetivo del presente trabajo es crear un marco general regulador de la protección de la maternidad en el deporte desde el punto de vista de la Prevención de Riesgos Laborales y realizar propuestas concretas y eficaces.

De esta manera, si se implanta una efectiva cultura preventiva en el deporte profesional por parte de los empleadores, las deportistas podrían continuar con la práctica deportiva durante el embarazo sin sufrir daños y sin ver mermadas sus aptitudes después del parto.

Antes de comenzar con el desarrollo de esta investigación, se presenta necesario advertir que aun siendo muchos los aspectos a mejorar cuando se trata de deporte femenino¹, se ha elegido este tema al presentarse necesaria la eliminación de todos los mitos que rodean la maternidad en el deporte.

La realización de propuestas dirigidas al mantenimiento y mejora del rendimiento de las deportistas, durante y después del embarazo, mediante la adopción de medidas preventivas, deberían hacer recuperar la confianza de los clubes y los patrocinadores, y, por tanto, asegurar la continuidad de la carrera profesional de este colectivo.

Por último, cabe aclarar que, ante la inexistencia de estudios en materia de Prevención de Riesgos Laborales, maternidad y deporte en España, se presenta necesario acudir a trabajos de investigación de carácter internacional.

En concreto, se utilizará un importante estudio desarrollado por Australian Sports Commission, titulado “Pregnancy in sport: Guidelines for the Australian Sporting Industry²”, país que ha realizado un notable avance científico en lo referido a protección de la salud y deporte profesional.

Resulta especialmente ilustrativa la siguiente cuestión que se plantean cuando se trata de maternidad y deporte de élite: “The question is not whether women should play sport during pregnancy: it is rather, is there any reason why they should not?³”.

Esta afirmación nos lleva a mantener la esperanza en que algún día esta misma cuestión sea planteada en el deporte español, lo que significará un gran avance en la materia.

II. LA “DESPROTECCIÓN” DE LA MATERNIDAD EN EL DEPORTE: CLÁUSULAS ANTIEMBARAZO

Tal y como se ha señalado en el apartado introductorio del presente estudio, parece que la maternidad en el deporte de élite está totalmente penalizada. Por ello, en este caso concreto no se puede hablar de protección de la maternidad, sino de todo lo contrario, de ahí el título del capítulo que nos ocupa.

La existencia de cláusulas antiembarazo evidencia la flagrante discriminación por razón de sexo, en concreto, por razón de embarazo o maternidad, y, por tanto, la desigualdad en el ámbito deportivo.

Así, las referidas cláusulas suponen la rescisión unilateral del contrato de trabajo de la deportista por parte del empleador, encontrando su única causa en el embarazo, y sin derecho a percibir indemnización alguna.

A continuación, se acompaña un ejemplo de cláusula antiembarazo recogida en el artículo IV (Ruptura prematura del presente acuerdo) del contrato firmado por una deportista:

“Bajo ninguna otra circunstancia que no sea una deficiente conducta profesional (si la Jugadora incumple las normas y regulaciones de la Federación Española de Baloncesto, o del equipo o de FIBA, durante un control Anti Doping o si la Jugadora se queda embarazada) se notificará a la Jugadora por correo certificado en 48 horas, y se podrá finalizar el acuerdo a continuación⁴”.

¹ Un ejemplo de estos aspectos a mejorar son la regulación del deporte femenino en la Ley del Deporte o el aumento de la utilización del contrato laboral como deportistas profesionales. Todas ellas son propuestas realizadas por la Asociación para Mujeres en el Deporte Profesional: <https://www.mujireseneldeporte.com/objetivos/>

² AUSTRALIAN SPORTS COMMISSION, “Pregnancy in sport: Guidelines for the Australian Sporting Industry”, 2002. http://www.caimshockey.com.au/wp-content/uploads/2016/02/Pregnancy_in_sport.pdf

³ La frase pertenece al Dr. MICHAEL SEDGLEY y significa: “La cuestión no es si la mujer puede practicar deporte durante el embarazo, sino: ¿hay alguna razón por la que ellas no puedan hacerlo?”, *Ibid.*, pág. 13.

⁴ LÓPEZ GONZÁLEZ, M.J., “Una cláusula que alarma, la de rescisión unilateral si una deportista se queda embarazada”, *Revista Digital Iusport*, 2016. <https://iusport.com/art/24980/una-clausula-que-alarma-la-de-rescicion-unilateral-si-una-deportista-se-queda-embarazada>

Resulta cuanto menos sorprendente que el embarazo se considere una “deficiente conducta profesional” y se equipare a un caso de dopaje⁵. Mientras esta práctica ocurre de manera habitual en el ámbito deportivo, en cualquier otra profesión estaría completamente desaprobada, siendo objeto de sanción.

Y, efectivamente, existe sobrada normativa al respecto que resulta directamente aplicable a estos supuestos y que apuntan a la nulidad de pleno derecho de este tipo de cláusulas, siendo desglosada a continuación.

1. MARCO JURÍDICO DE REFERENCIA

En primer lugar, antes de analizar en detalle esta clara manifestación de la discriminación de la mujer en el deporte, procede explicar sucintamente cual es el marco jurídico de aplicación al objeto de estudio de este trabajo.

Si bien es cierto, existe numerosa normativa aplicable a este respecto. Sin embargo, no se da efectivo cumplimiento a la misma, dejando en una situación de completo desamparo a las deportistas.

Sin lugar a dudas, el deporte “es el único ámbito laboral de nuestro país que discrimina a las mujeres per se. Y esto debiera ser causa y controversia de un reproche social contundente”⁶.

En primer lugar, se debe realizar un breve análisis de la normativa a nivel internacional encargada de establecer las bases legales en lo relativo a la prohibición de discriminación por razón de maternidad.

Precisamente, el Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. 183, es un claro ejemplo de este aspecto al manifestar en su artículo 8.1, la prohibición del empleador de despedir a una mujer que esté embarazada, o durante la prestación por maternidad, o con carácter posterior, salvo que dicho despido sea por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia, correspondiendo la carga de la prueba al propio empleador.

De manera semejante, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en su artículo 11.2.a), insta a los Estados Partes a tomar las medidas oportunas a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, en especial, “a prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil”.

Huelga decir que incluso la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama la prohibición de discriminación por razón de sexo, en el artículo 2.1 (derecho a la igualdad) en conexión con el artículo 7 (protección contra toda discriminación).

En segundo lugar, la regulación específica que rige las actuaciones de los países miembros de la Unión Europea en materia de igualdad y maternidad, se encuentra en la 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

⁵ En este sentido, la Proposición No de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana: “*Dichas cláusulas son nulas de pleno derecho, ya sea por lo que recoge la Constitución, el Estatuto de los Trabajadores o los textos legales internacionales, ya que equiparan el embarazo a los supuestos que pueden provocar la resolución unilateral del contrato como el positivo por dopaje, la práctica de deportes de riesgo o la conducta indecorosa. Un hecho que se agrava aún más en el caso de los deportes no profesionales ya que estas deportistas no se encuentran reguladas por el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, sino que dicha tutela corresponde a las federaciones estatales si toman parte en competiciones de ámbito estatal o, en su defecto, al Consejo Superior de Deportes. Las cláusulas antiembarazo son, por lo tanto, una práctica completamente ilegal y que contrastan con las facilidades que otros países, como Dinamarca, ofrecen a las deportistas profesionales para compaginar su carrera y la maternidad*”. Comisión de Igualdad 161/000997, Congreso de los Diputados, Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 72, Serie D, pág. 102.

http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-72.PDF

⁶ LÓPEZ GONZÁLEZ, M.J., “Día mundial de la mujer trabajadora en el deporte profesional español”, *Revista Digital Insport*, 2017. <https://insport.com/art/32163/dia-mundial-de-la-mujer-trabajadora-desigualdad-en-el-deporte-profesional-espanol>

mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Dicha Directiva, en su artículo 3.2.b), establece que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato que figure en contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de empresas o en los estatutos de profesiones independientes y de organizaciones sindicales y empresariales”.

Dicho precepto sería directamente aplicable a las cláusulas antiembarazo, debiendo ser declaradas nulas de pleno derecho en base al Derecho de la Unión Europea.

También se debe atender a la Directiva 92/85/CEE, del Consejo del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, que se encarga de proteger la maternidad desde la perspectiva de la Prevención de Riesgos Laborales, aspecto que se tratará más adelante.

Ya en el ámbito normativo nacional, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, se encuentra el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, que conecta de forma directa con el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH).

El referido precepto establece que “el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”.

En conclusión, se puede afirmar que las cláusulas antiembarazo suponen una vulneración de los siguientes preceptos constitucionales: artículo 14 en conexión con el artículo 9.2 (derecho a la igualdad y prohibición de discriminación), artículo 18 (derecho a la intimidad personal y familiar, y artículo 39 (derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia).

Por otra parte, y más concretamente, en el ámbito deportivo, el artículo 29 LOIEMH une el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres y deporte profesional de la forma que se expone a continuación:

“1. Todos los programas públicos de desarrollo del deporte incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución.

2. El Gobierno promoverá el deporte femenino y favorecerá la efectiva apertura de las disciplinas deportivas a las mujeres, mediante el desarrollo de programas específicos en todas las etapas de la vida y en todos los niveles, incluidos los de responsabilidad y decisión”.

No obstante, se puede apreciar que esta disposición se trata de un precepto programático más que un elemento de vinculación⁸. Esto se debe a que no se concreta en él ninguna medida eficaz

⁷ En este sentido, el Considerando núm. 12 de la Directiva indicada advierte que “el Tribunal de Justicia ha reconocido reiteradamente la legitimidad, en virtud del principio de igualdad de trato, de proteger la condición biológica de la mujer durante y tras el embarazo. Ha establecido reiteradamente, además, que todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación sexual directa. Por consiguiente, la presente Directiva no afecta a lo dispuesto en 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 esté en periodo de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (3), que persigue el objetivo de proteger la salud física y mental de la mujer que esté embarazada, haya dado a luz recientemente o se encuentre en período de lactancia. En los considerandos de la Directiva 92/ 85/CEE se establece que la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora que esté embarazada, haya dado a luz o esté en periodo de lactancia no debe suponer tratar de manera menos favorable a las mujeres en el mercado de trabajo ni debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres. El Tribunal de Justicia ha reconocido la protección del derecho al trabajo de las mujeres, en particular su derecho a reincorporarse al mismo puesto o a un puesto equivalente, en condiciones laborales que no sean menos favorables, así como a disfrutar de cualquier mejora de las condiciones laborales a la que hubieran tenido derecho durante su ausencia.”

⁸ LÓPEZ GONZÁLEZ, M.J., “Una ley del deporte a espaldas del deporte femenino”, *Revista Digital Iusport*, 2016. <https://iusport.com/art/26306/una-ley-del-deporte-a-espaldas-del-deporte-femenino>

conducente a alcanzar la igualdad en el deporte, más bien, se limita a enunciar un derecho ya reconocido en la Constitución Española.

Entrando en la materia objeto de estudio, del tenor literal del artículo 8 del mismo Texto Legal, bajo la rúbrica de “discriminación por embarazo o maternidad”⁹, se advierte que “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

A mayor abundamiento, es el artículo 10 el que sanciona de manera concluyente la existencia de cláusulas antiembarazo en los contratos laborales declarando su nulidad del siguiente tenor:

“Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

Lo mismo ocurre con el artículo 55. 5 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que declara la nulidad del despido cuando tenga por móvil cualquiera de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley.

También, el artículo 8.12 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, reconoce como infracción muy grave “las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables (...) por circunstancias de sexo”, sancionando esta conducta con multa entre 6.251 a 187.515 euros¹⁰.

Desde otro punto de vista, en relación con la doctrina constitucional, la Sentencia núm. 17/2003 del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de enero de 2003, “estableció de forma inequívoca lo que representa la rescisión – siempre unilateral- de un contrato que tiene como cláusula penalizadora el embarazo, chocando frontalmente con el artículo 14 de nuestro texto constitucional¹¹”.

Los términos del citado pronunciamiento son los siguientes: *“La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado¹²”*.

En definitiva, queda acreditado que existe sobrada normativa, e incluso jurisprudencia constitucional, y, por tanto, medios legales suficientes para erradicar las cláusulas antiembarazo, sin que se les de debido cumplimiento ni presente eficacia suficiente para disuadir a los empleadores sobre la ilegalidad de las cláusulas utilizadas.

⁹ En relación con este aspecto, CASADO, M., “Implicaciones en el ámbito del deporte olímpico español de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres: acciones para su aplicación”, *Jornada sobre implicaciones en el ámbito del deporte de la ley de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, pág. 4: “Debería abrirse un debate y una adopción de medidas que regulara la situación de no pocas deportistas que actualmente alcanzan edades críticas en la alta competición y que tras la maternidad podrían volver a incorporarse a la alta competición y al equipo olímpico”.

¹⁰ Véase el artículo 40.1.c) Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

¹¹ LÓPEZ GONZÁLEZ, M.J., “El embarazo como cláusula de penalización”, *Revista Digital Lideras*, 2015. <https://www.revistalideras.com/el-embarazo-como-clausula-de-penalizacion-por-maria-jose-López/>

¹² Párrafo 3º, Fundamento Jurídico 3º, Sentencia núm. 17/2003 del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de enero de 2003, Boletín Oficial del Estado núm. 55, de 5 de marzo de 2003. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4792>

2. INTENTOS DE ELIMINACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ANTIEMBARAZO EN EL DEPORTE

Es evidente que ninguno de los preceptos anteriormente descritos parece haber calado en el deporte femenino español, pues la discriminación por razón de sexo es un continuo en dicha disciplina, siendo las cláusulas antiembarazo su manifestación más evidente.

Ahora bien, han sido numerosos los intentos de alcanzar la igualdad efectiva entre hombre y mujeres en el ámbito deportivo, todos ellos sin demasiado éxito.

El ejemplo más significativo se encuentra en la Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres. En ella se acuerdan una serie de medidas específicas para garantizar la igualdad en el deporte¹³, pero ninguna de ellas ha conseguido la erradicación de las cláusulas antiembarazo.

Otros intentos fallidos de eliminación de las llamadas cláusulas antiembarazo han sido las Proposiciones no de Ley de diferentes Grupos Parlamentarios en los últimos años.

Con fecha 20 de diciembre de 2016, el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, presentó Proposición no de Ley sobre la prohibición de las cláusulas antiembarazo en los contratos de las deportistas profesionales y amateurs, para su debate en la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados¹⁴.

Dicha Proposición no de Ley fue aprobada por Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados el pasado día 17 de mayo de 2018, y con ella se “insta al Gobierno a hacer las modificaciones legislativas necesarias para que se prohíban, de forma expresa, las cláusulas antiembarazo en los contratos de las deportistas profesionales y aficionadas¹⁵”.

El texto descrito contiene las siguientes propuestas:

“1. Iniciar las modificaciones legislativas pertinentes a fin y efecto de prohibir de forma expresa la introducción de las cláusulas antiembarazo a las deportistas profesionales y amateurs.

2. Proceder, mediante el Consejo Superior de Deportes y las respectivas federaciones deportivas estatales, a la advertencia a los clubes deportivos de la ilegalidad que supone el establecimiento de las cláusulas antiembarazo.

3. Impulsar, en coordinación con las comunidades autónomas con competencias en materia de inspección laboral, las oportunas inspecciones para detectar y en su caso sancionar, las cláusulas antiembarazo”.

Por otro lado, en fecha 2 de enero de 2017, la Comisión de Educación y Deporte acordó aprobar con modificaciones la Proposición no de Ley sobre la vulneración de derechos fundamentales de las mujeres en el deporte profesional¹⁶, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, en los siguientes términos:

¹³ Las medidas referidas son las siguientes: “Se acuerda crear, dentro del Consejo Superior de Deportes, una unidad con carácter permanente para desarrollar el programa “Mujer y Deporte”. Igualmente, a través del Consejo Superior de Deportes se subvencionará a la Comisión Mujer y Deporte del Comité Olímpico Español. Se acuerda la firma de un convenio entre el Consejo Superior de Deportes y el Instituto de la Mujer para promover el deporte femenino. Se encomienda al Consejo Superior de Deportes que en todas las campañas o exposiciones para el fomento del deporte se aplique el principio de paridad. Se acuerda que el Consejo Superior de Deportes promueva estudios de investigación, análisis y estadísticas dirigidos a fomentar la igualdad de género en el deporte” <http://www.csd.gob.es/estaticos/myd/marco-normativo/orden-pre5252005-7marzo.pdf>

¹⁴ Proposición no de Ley núm. 161/000997, Comisión de Igualdad, Congreso de los Diputados, Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 72, Serie D, pág. 102. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-72.PDF

¹⁵ “La Comisión de Igualdad del Congreso insta a prohibir expresamente las cláusulas antiembarazo”, *Revista Digital Insport*, 2018. <https://iusport.com/art/62468/la-comision-de-igualdad-del-congreso-insta-a-prohibir-expresamente-las-clausulas-antiembarazo>

¹⁶ Proposición no de Ley núm. 161/000785, Comisión de Educación y Deporte, Congreso de los Diputados, Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 79, 2 de enero de 2017, pág. 59. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-79.PDF

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

1. Llevar a cabo las modificaciones legales oportunas, a fin de evitar que las deportistas profesionales puedan ser despedidas en caso de embarazo, en concordancia con los convenios y declaraciones internacionales que España ha suscrito, en aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

2. Llevar a cabo las inspecciones laborales necesarias en este ámbito, a fin de detectar posibles vulneraciones de derechos de deportistas profesionales mediante cláusulas en sus contratos que puedan chocar frontalmente contra la maternidad y los convenios y declaraciones internacionales que España ha suscrito en relación a su protección.

3. Instar a la Federación Española de Baloncesto, así como a la Federación Internacional de Baloncesto a que declare este tipo de prácticas nulas en los contratos que rijan las relaciones profesionales entre jugadoras y clubes tanto en España como en otros países en que se esté permitiendo.

4. Evaluar si existen prácticas similares desde otras federaciones nacionales en otros ámbitos deportivos.

5. Establecer como requisito primordial en el acceso a las cuantías que concede el Consejo Superior de Deportes, mediante el Programa Mujer y Deporte para promocionar la participación femenina en el deporte, la necesidad de no consentir cláusulas que atenten contra la maternidad en los contratos que se hagan a las deportistas.

6. Apoyar económicamente, mediante una línea de subvención específica a las organizaciones de mujeres deportistas para la creación de asesorías en la defensa de sus derechos.

7. Exigir a las federaciones igualdad de trato económico a mujeres y hombres en la percepción de dietas por participar en competiciones internacionales.

8. Instar a todas las administraciones públicas para que no financien o patrocinen eventos o competiciones deportivas donde los premios para una misma categoría sean diferentes entre hombres y mujeres”.

La existencia de cláusulas antiembarazo en la actualidad, advierte que las medidas adoptadas hasta ahora no son eficaces, por lo que deberá llevarse a cabo una campaña de concienciación de los clubes y patrocinadores demostrándoles que sí es posible compatibilizar deporte profesional y maternidad.

III. LA PROTECCIÓN DE MATERNIDAD EN EL DEPORTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: UNA APROXIMACIÓN AL SISTEMA AUSTRALIANO

En este contexto, además de los analizados incumplimientos de la normativa laboral que se dan en el ámbito del deporte femenino, no se debe pasar por alto la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL). El objeto de esta Ley es la promoción de la seguridad y la salud de los trabajadores por medio de la aplicación de medidas y a través del desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo¹⁷.

En esta línea, uno de los objetivos principales de la Prevención de Riesgos Laborales es la protección de la maternidad, recogida en el artículo 26 LPRL, tratándose este de la trasposición de la Directiva 92/85/CEE, ya mencionada, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Pues bien, el artículo 26 LPRL recoge una serie de medidas a adoptar en caso de encontrarnos a una trabajadora en situación de maternidad, las cuales serán objeto de estudio más adelante. A pesar

¹⁷ Artículo 2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

de no estar siendo llevadas a la práctica, tales medidas resultan de aplicación a las deportistas al incluir la Ley dentro de su ámbito de aplicación tanto las relaciones laborales ordinarias, como la relación laboral especial de deportista profesional.

Por tanto, ya no se estaría hablando únicamente del deber de supresión de cualquier tipo de cláusula antiembarazo, sino también la obligatoriedad de la adopción de las medidas oportunas para la protección de la deportista embarazada en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

En términos generales, las medidas recogidas por la LPRL podrían resumirse en el siguiente proceso: Evaluación de riesgos, adaptación de condiciones y tiempo de trabajo, cambio de puesto de trabajo y suspensión del contrato de trabajo. Cada uno de los pasos señalados, se desarrollará en los siguientes apartados.

Tal y como se indicó en la introducción del presente estudio, se utilizará el estudio desarrollado por la Australian Sports Commission, que recibe el título de “Pregnancy in sport: Guidelines for the Australian Sporting Industry”, que servirá de base científica para realizar el presente estudio.

1. EVALUACIÓN DE RIESGOS

En primer lugar, cuando se está ante una trabajadora embarazada se debe llevar a cabo una evaluación de los riesgos específica para comprobar si su puesto de trabajo entraña algún tipo de peligro para su salud o para la del feto.

A este respecto, en virtud del artículo 26.1 LPRL la evaluación de los riesgos “deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico”.

Así, esta misma labor debe llevarse a cabo en el caso de una deportista gestante a fin de comprobar si su actividad deportiva pudiera dañar su propia salud o la del feto. Será el técnico de prevención quien deberá analizar las características personales de la deportista, así como la propia disciplina deportiva practicada.

En este sentido, “los informes médicos, al uso, señalan efectivamente la peligrosidad de algunos deportes que entrañan riesgos de impactos, presión o descompresión en el abdomen-feto y que puedan crear un traumatismo en el feto (fútbol, baloncesto, voleibol, esquí, ciclismo, tenis, equitación, parapente, escalada, judo, patinaje, esgrima, submarinismo, entre otros; del mismo modo, deportes o actividades de esfuerzo brusco y/o anaeróbico láctico (generalmente pulsaciones superiores a 150 l/min), inciden negativamente en el aporte de oxígeno al feto (competición deportiva, atletismo, culturismo); así como ejercicios y deportes con cambios bruscos de dirección o en los que la pelvis se vea sometida a una actividad abusiva que puedan dañar al futuro bebé (carreras, vallas y saltos en atletismo, ciclismo, equitación¹⁸)”.

Una vez llevada a cabo la evaluación, deberá concluirse si existen o no riesgos para la seguridad y salud de la deportista o el feto. En este último caso, nada habitual cuando se trata de la práctica de deporte de élite, podrá continuarse con la prestación de servicios de manera habitual. Sin embargo, si por el contrario existieran dichos riesgos deberá llevarse a cabo la adaptación del puesto.

En este sentido, la Guía Australiana sobre Maternidad y Deporte, advierte que los riesgos más habituales a los que se expone la deportista profesional gestante son los que a continuación se citan:

- Hipertermia o sobrecalentamiento del feto, especialmente durante el primer trimestre del embarazo.
- Traumatismos de la deportista embarazada o del feto¹⁹.

¹⁸ LÓPEZ GONZÁLEZ, M.J., “El embarazo como cláusula de penalización”, *Revista Digital Líderas*, 2015.

¹⁹ AUSTRALIAN SPORTS COMMISSION, “Pregnancy in sport: Guidelines for the Australian Sporting Industry”, 2002, págs. 14 a 15.

Siendo estos los principales riesgos para la salud que, generalmente²⁰, podrían darse en una deportista en situación de maternidad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 26.1 deberá llevarse a cabo una adaptación del puesto o, mejor dicho, de la actividad deportiva, aplicando las medidas preventivas oportunas.

Por supuesto, existen otros riesgos más concretos si se entra a analizar cada disciplina deportiva. A modo de ejemplo, deportes como el voleibol que necesitan que la deportista haga buceo puede colocar al feto en una situación de riesgo, así como los deportes de contacto. Sin embargo, deportes que no requieran contacto, como correr o nadar, pueden ser más seguros debido a la propia naturaleza del deporte.

Además de lo anterior, la hipoglucemia (baja azúcar en la sangre) durante el ejercicio es un problema para las deportistas embarazadas junto con la deshidratación²¹.

Por último, deberán tenerse en cuenta la existencia de riesgos psicosociales como podría el estrés, burnout, mobbing, entre otros²².

2. ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO O DE LA ACTIVIDAD DEPORTIVA

El mismo artículo 26.1 advierte que cuando “los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada”.

Cuando se habla de adaptación del puesto de trabajo de cualquier trabajadora embarazada, no se nos antoja como una tarea excesivamente compleja, mientras que, si se trata de una deportista profesional, la tacharíamos de imposible.

Dicha creencia es completamente errónea. El deporte de élite puede conllevar riesgos para la salud de la embarazada y el feto, pero mediante una correcta y eficaz adaptación de la actividad deportiva a su estado de gestación a través de un adecuado plan de entrenamiento y la adopción de una serie de medidas preventivas, esta podrá continuar practicando deporte durante el embarazo y encontrarse en un estado óptimo tras este.

“De hecho, los especialistas señalan que para que la vuelta a la competición sea rápida y sin problemas, la deportista deberá mantener un cierto grado de preparación física durante el embarazo, así la vuelta a la competición será más rápida²³”.

A mayor abundamiento, son muchos los beneficios para la salud derivados de la práctica deportiva durante el embarazo:

- Reducción del riesgo de desarrollar complicaciones cardiovasculares.
- Mejor estado general de salud.
- Reducción del riesgo de desarrollar cualquier forma de cáncer.
- Reducción del riesgo de desarrollar diabetes tipo 2 y gestacional.
- Reducción del riesgo de desarrollar osteoporosis.
- Reducción del riesgo de obesidad y aumento de peso no saludable.
- Mejora de la autoestima y propia imagen.
- Mejora del sentido del bienestar y de la calidad de vida.

²⁰ Debe aclararse que quedan excluidos de esta afirmación los embarazos de riesgo, siendo aplicable únicamente a un embarazo que acontece con normalidad.

²¹ ZEIGLER, T., “Pregnancy and Sport Participation”, *Sport MD*. <https://www.sportsmd.com/womens-health/pregnancy-sport-participation/>

²² Se recomienda la lectura de la Tesis Doctoral “Riesgos psicosociales en el trabajo: burnout y mobbing en el deporte”, MARTÍN RODRÍGUEZ, M.

²³ LÓPEZ GONZÁLEZ, M.J., “El embarazo como cláusula de penalización”, *Revista Digital Lideras*, 2015.

- Aumento de los contactos sociales.
- Mejora de la función respiratoria, del ritmo cardíaco, volumen sanguíneo, fuerza y resistencia.

Durante el embarazo hay un aumento de la capacidad respiratoria, cardíaca y volumen sanguíneo para ayudar a compensar el aumento del oxígeno y la energía requerida por el feto²⁴.

En este mismo sentido, el trabajo de investigación desarrollado por la Australian Sports Commission, titulado “Pregnancy in sport: Guidelines for the Australian Sporting Industry”, afirma que profesionales de la salud consideran que las mujeres con embarazos normales que practiquen deporte de forma habitual podrán continuar dicha práctica durante el embarazo sin afectar su salud o la del feto²⁵.

Sin embargo, a pesar de dicha recomendación, es importante adoptar distintas medidas preventivas para eliminar o minimizar al máximo los riesgos más frecuentes en estos supuestos: la hipertermia del feto y los traumatismos en la madre o el feto.

A) Medidas preventivas frente al riesgo de hipertermia del feto

En primer lugar, se proponen una serie de medidas a adoptar por el empleador para erradicar o minimizar el riesgo de hipertermia o sobrecalentamiento del feto cuando la deportista continua su actividad durante el embarazo²⁶:

- Beber gran cantidad de agua u otros líquidos regularmente a fin de mantener los niveles adecuados de hidratación.
- Realizar comidas nutritivas y regulares para mantener la energía.
- Evitar el ejercicio en las partes del día con más humedad y calor, especialmente el ejercicio prolongado.
- Asegurarse de que los espacios de ejercicio interior son frescos y bien ventilados.
- Realizar descansos o sustituir a la deportista con frecuencia al practicar deportes en equipo.
- Limitar la práctica deportiva en el tercer trimestre a tres o menos sesiones cada semana.
- Reducir la intensidad del ejercicio según el embarazo va progresando.

B) Medidas preventivas frente al riesgo de traumatismos de la madre o del feto

Por otro lado, se proponen otra serie de medidas para evitar las lesiones o traumatismos de la propia deportista embarazada o del feto que podrían derivar de la práctica de algunas disciplinas deportivas.

Si bien es cierto que la organización Sports Medicine Australian recomienda a las deportistas embarazadas evitar deportes como buceo, paracaidismo, esquí acuático, artes marciales, gimnasia, equitación y salto de trampolín, “la conclusión es que existe un riesgo muy bajo de lesión abdominal en los deportistas de élite. La mayoría de deportes relacionados con lesiones abdominales no suelen dar lugar a sufrimiento fetal u otros daños en el feto²⁷”.

En este sentido, es especialmente relevante tener en cuenta determinados aspectos a la hora de evitar este tipo de riesgo:

²⁴ AUSTRALIAN SPORTS COMMISSION, “Pregnancy in sport: Guidelines for the Australian Sporting Industry”, 2002, pág. 16.

²⁵ AUSTRALIAN SPORTS COMMISSION, “Pregnancy in sport: Guidelines for the Australian Sporting Industry”, 2002, pág. 13.

²⁶ *Ibid.*, pág. 13.

²⁷ Conclusión obtenida por la Profesora CAROLINE FINCH y plasmada en AUSTRALIAN SPORTS COMMISSION, “Pregnancy in sport: Guidelines for the Australian Sporting Industry”, 2002, pág. 15:

- Teóricamente, las mujeres embarazadas son más vulnerables y propensas a las caídas porque el feto causa un cambio en su centro de gravedad, que pueden afectar su equilibrio y coordinación en los últimos meses.
- Los cambios hormonales cuando se acerca el nacimiento pueden conllevar laxitud en ligamentos y articulaciones, lo que hace que las deportistas sean más vulnerables a lesiones o caídas. En este sentido, la deportista deberá evitar el estiramiento excesivo y movimientos espásticos.
- A medida que el feto crece en el vientre materno, la deportista será más vulnerable a lesiones abdominales por impacto directo²⁸.

Así, aun siendo reducida la probabilidad de que acontezca este tipo de lesiones, la medida más eficaz para que la deportista gestante pueda seguir trabajando será evitar cualquier actividad física que pueda implicar impacto directo en la zona abdominal.

Además, en aquellas disciplinas deportivas en las que el riesgo de traumatismo de la madre o el feto sea elevado, la adaptación del puesto se realizará limitando la actividad deportiva a entrenamientos muy controlados por parte los servicios médicos de los clubes con el objetivo de mantener el estado físico de la misma para una rápida reincorporación tras el parto. Asimismo, la organización Sports Medicine Australian recomienda que la deportista embarazada interrumpa el ejercicio si nota síntomas anómalos²⁹.

3. CAMBIO DE PUESTO DE TRABAJO

A pesar de que el artículo 26.2 LPRL establece la obligatoriedad de efectuar un cambio de puesto de trabajo cuando tras la adaptación del mismo sus condiciones pudieran influir negativamente en la salud de la deportista embarazada o del feto, resulta especialmente complejo llevar a cabo esta actuación cuando se trata de la práctica deportiva profesional.

Carece de todo sentido cambiar de puesto o función a la deportista de élite, por ejemplo, a un puesto de personal administrativo. La complejidad de las organizaciones empleadoras en el ámbito deportivo, así como la propia práctica deportiva profesional, harían imposible la ejecución de dicho cambio.

Así, si aun adaptando la actividad deportiva sigue existiendo los mencionados riesgos la medida más eficaz será acudir a la suspensión del contrato de trabajo de la deportista por riesgo durante el embarazo.

4. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

Dicho lo anterior, el objeto de estudio se situaría en el caso propuesto en el artículo 26.3 LPRL al no poder exigirse el cambio de puesto de la deportista razonablemente por motivos justificados, razón por la cual deberá declararse la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo recogido en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores.

De esta manera, aun cuando el artículo 12 del Real Decreto núm. 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, el cual recoge el derecho a la suspensión del contrato, en relación con el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, reconoce legalmente el derecho a la paternidad, desde el punto de vista de las garantías laborales, “no así a la mujer deportista, esencialmente, porque ella sí tendrá consecuencias en su relación

²⁸ *Ibid.*, págs. 14 y 15.

²⁹ Según la Guía utilizada, los síntomas anómalos son los siguientes: “pain, particularly chest and abdominal pain; headache; an unusually high heart rate; decreased foetal movements; insufficient weight gain; amniotic fluid leakage; nausea; uterine contractions; vaginal bleeding; sudden swelling of ankles, hands and face; dizziness; or unusual shortness of breath”.

contractual, muy al contrario, tanto si se trata de la propia pareja de la deportistas que queda embarazada, o de cualquier otro deportistas, en base a la legislación especial a los efectos³⁰.”

Sin embargo, sí que resultaría directamente aplicable el artículo 26.3 y 4 LPRL tanto a las relaciones laborales ordinarias como a las relaciones laborales especiales que las deportistas profesionales pudieran haber firmado, por encontrarse ambas enmarcadas en el ámbito de aplicación del antedicho Texto Legal.

Por lo tanto, cuando la adaptación de la actividad deportiva fuera imposible, la deportista profesional tendrá derecho a acudir a la suspensión de su contrato de trabajo recibiendo la prestación por riesgo durante el embarazo.

En particular, se pueden enumerar los casos en los que no se recomienda la práctica deportiva profesional durante el embarazo y por tanto no pudiera llevarse a cabo la referida adaptación del puesto. Se puede diferenciar entre supuestos en los que existe una prohibición absoluta y supuestos de prohibición relativa, esto es, en los que se requiere un aval médico³¹:

A) Prohibición absoluta

- Preeclampsia / eclampsia
- Ruptura prematura de las membranas
- Hemorragia de Antepartum
- Placenta previa
- Persistente sangrado durante el segundo y el tercer trimestre
- Parto prematuro
- Cuello uterino incompetente
- Significativa enfermedad cardíaca materna
- Enfermedad pulmonar restrictiva
- Feto de crecimiento reducido
- Abrupción placentaria crónica
- Supuesto de gestación múltiple (es decir, gemelos o trillizos)

B) Prohibición relativa

- Bajo peso extremo de la madre o trastorno alimenticio
- Arritmia cardíaca materna u otro trastorno cardíaco
- Trastorno respiratorio
- Aborto anterior
- Anemia severa
- Hipertensión de la madre poco controlada
- Diabetes materna poco controlada
- Convulsiones
- Desorden de la tiroides
- Otras condiciones médicas significativas

Una de las propuestas realizadas para que sea viable la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo es “estableciendo cupos de apertura de licencias, y sustituciones temporales, reguladas por la administración pública para reforzar esa sustitución³²”.

5. RECOMENDACIONES

Además de los puntos anteriormente expuesto, existen otras recomendaciones a llevar a cabo cuando se trata de la maternidad en el deporte profesional.

³⁰ LÓPEZ GONZÁLEZ, M.J., “El embarazo como cláusula de penalización”, *Revista Digital Líderas*, 2015, págs. 19 a 21.

³¹ SCOTT KAAR, M.D., “Exercise during Pregnancy”, *Sport MD*. <https://www.sportsmd.com/womens-health/exercise-pregnancy/>

³² LÓPEZ GONZÁLEZ, M.J., “El embarazo como cláusula de penalización”, *Revista Digital Líderas*, 2015, pág. 7.

Estas recomendaciones van dirigidas al empleador u organizador deportivo, al entrenador, la autoridad deportiva (juez, arbitro...) y a la propia deportista embarazada.

La Comisión de Deportes de Australia en el texto “Pregnancy in sport: Guidelines for the Australian Sporting Industry”, aconseja recoger todas estas recomendaciones en una guía o protocolo interno de los agentes sociales de la industria deportiva³³.

El desarrollo de este tipo de guías en la industria deportiva Australiana demuestra su enorme avance en la materia al recoger en este checklist aspectos que en España ni siquiera han sido planteados.

Pues bien, a continuación se citan las recomendaciones antes referidas:

A) Al empleador u organizador deportivo

- Conocer la legislación estatal y local relativas a la prohibición de discriminación y como estas afectan a su organización y a la práctica deportiva.
- Evaluar las medidas que debe tomar para limitar la probabilidad de que existan riesgos para la salud de las deportistas embarazadas y asegurarse de que dichas medidas se están llevando a cabo.
- Respetar y apoyar los derechos de las mujeres que desean seguir practicando deporte mientras están embarazada.
- Asegurar que existen políticas empresariales que muestren el compromiso con la igualdad de oportunidad y prohibición de la discriminación, en particular por lo que se refiere a las deportistas embarazadas.
- Revisar y actualizar las normas y códigos internos de la empresa en la línea anterior.
- Asegurar la comprensión y el cumplimiento de dichas políticas por parte de toda la organización.
- Desarrollar prácticas que minimicen el riesgo de lesiones a todos los participantes.
- Buscar asesoramiento profesional médico o legal cuando sea necesario y asegurar que está disponible para los entrenadores y la autoridad deportiva cuando la requieran.
- Evitar dar asesoramiento cuando no se está cualificado para ello y aconsejar a las deportistas embarazadas a obtener y actuar bajo el consejo de un profesional, concretamente en lo que se refiere a los riesgos de continuar practicando la actividad deportiva o cuando parar.
- Desarrollar una declaración clara que contenga todo lo anteriormente indicado y mantenerlo de manera que sea accesible para todos.
- Asegurar que los entrenadores seleccionan participantes en base a sus méritos y capacidades.

B) Al entrenador

³³ AUSTRALIAN SPORTS COMMISSION, “Pregnancy in sport: Guidelines for the Australian Sporting Industry”, 2002, págs. 7 y 8.

II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

- Animar a las deportistas a recibir asesoramiento médico en relación con la maternidad y la práctica deportiva.
- Respetar y apoyar los derechos de las mujeres que deseen continuar practicando deporte durante el embarazo.
- Evitar dar asesoramiento cuando no se está cualificado para ello y aconsejar a las deportistas embarazadas a obtener y actuar bajo el consejo de un profesional, concretamente en lo que se refiere a los riesgos de continuar practicando la actividad deportiva o cuando parar.
- Seleccionar a las participantes en base a sus méritos y capacidades, sin discriminación por razón de embarazo o maternidad.

C) A la autoridad deportiva

- Advertir a las deportistas embarazadas de la existencia de riesgos en la participación en competiciones durante el embarazo y que debería recibir asesoramiento médico sobre su participación y durante cuanto tiempo.
- Desarrollar una declaración clara que contenga todo lo anteriormente indicado y mantenerlo de manera que sea accesible para todos.
- Aplicar las normas y leyes del deporte o de la actividad de manera equitativa y justa en todo momento.
- Garantizar la seguridad y bienestar de los participantes por encima de todo.
- Respetar y apoyar los derechos de las mujeres que deseen continuar practicando deporte durante el embarazo.
- Evitar dar asesoramiento cuando no se está cualificado para ello.

D) A la deportista embarazada

- Antes de tomar la decisión de continuar la actividad deportiva, obtener asesoramiento médico sobre los riesgos de su deporte en concreto.
- Revisar de manera regular el plan de entrenamiento y programa de desarrollo con un profesional médico.
- Recibir información sobre las implicaciones de la actividad deportiva en el embarazo con su entrenador, autoridad deportiva o el director.
- Uso del sentido común y no asumir riesgos innecesarios.
- Tener en cuenta los cambios de la condición física.
- No aumentar la intensidad del programa deportivo mientras esté embarazada, y siempre trabajar a menos del 75 % de su ritmo cardíaco máximo.
- Estar alerta de posibles signos de alarma como sangrado o dolor abdominal y visitar a un médico de manera inmediata si eso ocurriera.

6. OTROS ASPECTOS CLAVE A TENER EN CUENTA

Durante el desarrollo del presente estudio, se ha combinado la normativa existente en España en materia de Prevención de Riesgos Laborales con los contenidos de la Guía sobre Maternidad y Deporte de la Comisión de Deportes de Australia.

Por ello, es importante hacer referencia a algunos aspectos claves que ayudarán a comprender las disposiciones de la Guía utilizadas en este estudio, mediante la exposición del contexto jurídico y social en el que se ha desarrollado la misma.

Por otro lado, en Australia existe un sistema de responsabilidad muy desarrollado en lo relativo a la reclamación de los daños y lesiones derivados de la actividad deportiva tanto por parte de la madre como del propio hijo.

Dichos extremos se exponen seguidamente y de ellos se desprende el ya mencionado avance en la materia y la normalización de la práctica deportiva durante el embarazo:

- Que todos los comentarios y orientaciones que han derivado de Guía sobre Maternidad y Deporte de la Comisión de Deportes de Australia, cualquier decisión sobre la participación de las mujeres embarazadas en el deporte deberá tomarse con base en asesoramiento médico teniendo en cuenta las características de la propia deportista así como las de su disciplina deportiva.
- Los expertos médicos que desarrollaron la citada Guía utilizada en el presente trabajo de investigación, estimaron que el tipo de lesión a la matriz que podría lesionar al feto deberá tener generalmente las fuerzas equivalentes a las que ocurren en un accidente de coche. Todos los expertos médicos acordaron que las caídas y el contacto directo que ocurren durante los deportes de contacto, no podrían causar daño a la matriz o al feto.
- Si bien no hay pruebas de que ninguna deportista embarazada haya ocasionado daños en su propio feto, cabe señalar que existen pocas evidencias registradas sobre la cuestión.
- La prohibición de la participación de las mujeres embarazadas en el deporte puede infringir las leyes estatales contra la discriminación. En Australia una deportista embarazada tiene el derecho de presentar una queja contra la organización que se lo prohíbe por causa de la discriminación por razón de embarazo.
- Las organizaciones pueden pedir a todos los participantes que proporcionen información sobre su salud, incluyendo un embarazo, que puede ser importante para un médico que lo trate en caso de accidente. Sin embargo, los participantes no están obligados a proporcionar esta información.
- No existen casos registrados en Australia en los que un niño que ha sufrido lesiones prenatales relacionadas con el deporte haya tomado medidas contra su madre, un médico de su madre, un organizador o una autoridad deportiva, u otro deportista. El único ejemplo australiano es el de un niño que demandaba con éxito a su madre por lesiones prenatales sufridas en un accidente de vehículo de motor.
- Una madre puede presentar una renuncia a emprender acciones legales frente a la organización en su nombre a cambio de una indemnización, y también para cualquier acción que su hijo pudiera emprender contra la organización en el futuro. Sin embargo, una madre no puede firmar una renuncia en nombre de su hijo nonato.
- Al llegar a la edad adulta o mediante un representante legal, un niño que sufrió una lesión prenatal puede reclamar contra su madre o cualquier otra entidad que haya sido negligente, incluyendo la organización deportiva.
- Las organizaciones deben asegurarse de que su seguro de responsabilidad civil, seguro de indemnización profesional, y los seguros de directores y oficiales son actuales y no contienen exclusiones para las deportistas embarazadas.

- Los responsables de las organizaciones deportivas deben obtener información actualizada sobre los beneficios y riesgos del ejercicio durante el embarazo.
- Mientras que los beneficios de las mujeres que permanecen activas durante el embarazo están bien documentados, todas las decisiones sobre el asunto deben ser tomadas por la propia deportista de forma individual bajo asesoramiento médicos³⁴.

IV. CONCLUSIONES

Con base a lo estudiado a lo largo del presente trabajo de investigación, en el apartado final se pretende mostrar una serie de conclusiones alcanzadas tras conjugar la normativa aplicable en materia de Prevención de Riesgos Laborales y las investigaciones desarrolladas en Australia:

I. La existencia de cláusulas antiembarazo son una clara manifestación de la desprotección de la maternidad en el deporte, así como de la discriminación por razón de sexo, concretamente de embarazo.

II. Las propuestas realizadas por las diferentes fuerzas políticas muestran su ineficacia al no haber impulsado la erradicación de esta práctica.

III. Siguiendo el ejemplo de Australia, la forma más eficaz de evitar la penalización de la maternidad en el deporte es mediante su normalización. Debe mostrarse a los clubes y patrocinadores que las deportistas embarazadas pueden tener un estado físico óptimo antes y tras el parto, siendo totalmente innecesaria la extinción unilateral del contrato de trabajo.

IV. Una de las formas de llevar a cabo esta tarea es mediante la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en el deporte, concretamente, del artículo 26, relativo a la protección de la maternidad.

V. Mediante una evaluación de los riesgos se comprobará si la actividad deportiva desarrollada por la deportista profesional pudiera dañar su propia salud o la del feto, siempre teniendo en cuenta las características personales de la deportista, así como la propia disciplina deportiva practicada. Este proceso permitirá concluir si existen o no riesgos para la seguridad y salud de la deportista o el feto.

VI. Una vez detectados los riesgos, a través de una correcta y eficaz adaptación de la actividad deportiva al estado de gestación de la deportista mediante la adopción de una serie de medidas preventivas, esta podrá continuar entrenando durante el embarazo y encontrarse en un estado físico óptimo tras este.

VII. Cuando tras la adaptación de la actividad deportiva, sus condiciones pudieran influir negativamente en la salud de la deportista embarazada o del feto, generalmente, se debería llevar a cabo un cambio de puesto de trabajo. Sin embargo, en la práctica deportiva profesional resulta especialmente complejo, así como carente de todo sentido.

VIII. Por tanto, al no poder exigirse el cambio de puesto de la deportista profesional, deberá declararse la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo recogido en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores.

IX. Las medidas propuestas, con base al sistema de protección de la maternidad en el deporte en Australia, confirman que sí es posible que las deportistas mantengan un nivel de rendimiento deportivo adecuado durante el embarazo y tras el parto.

X. Implicando a los distintos agentes sociales, en concreto a la industria deportiva, en esta labor de protección de la maternidad en el deporte, mediante la implantación de medidas en materia de Prevención de Riesgos Laborales, no sería necesario acudir a la rescisión del contrato de las deportistas mediante el uso de cláusulas antiembarazo.

³⁴ AUSTRALIAN SPORTS COMMISSION, “Pregnancy in sport: Guidelines for the Australian Sporting Industry”, 2002, págs. 6.

CAPÍTULO X. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS CUIDADORES FAMILIARES DE LAS PERSONAS DEPENDIENTES: UN DERECHO AL TRABAJO DECENTE

SARA GUINDO MORALES

*Contratada Predoctoral FPU (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte)
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

I. ASPECTOS GENERALES

Una de las más potentes y ambiciosas estrategias puestas en marcha por la Organización Internacional del Trabajo –en adelante y para simplificar, OIT– en las últimas décadas ha sido la promoción del trabajo decente, definido por la OIT como “*aquel trabajo productivo desarrollado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad*”, debiendo existir un marco tuitivo que permita que los derechos laborales y sociales de los trabajadores sean efectivamente protegidos¹.

No obstante, la tendencia actual al debilitamiento de los sistemas de protección social provoca que los mecanismos tuitivos de los derechos socio-laborales disminuyan su eficacia y encontremos en la práctica cotidiana supuestos claramente alejados del concepto de trabajo decente².

Uno de esos supuestos en los que no existe un trabajo decente es el relativo a los cuidadores no profesionales que atienden a personas que se encuentran en situación de dependencia, puesto que la última reforma laboral introducida por medio del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad³ –en adelante y para simplificar, Real Decreto-ley 20/2012– no les reconoce su trabajo, y es que desde el año 2010, los primeros recortes presupuestarios situaron al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, desgraciadamente, entre sus objetivos, tocándose uno de los pilares auténticos de dicho Sistema como es la protección social de los cuidadores no profesionales⁴.

Asimismo, no cabe duda de que la debilidad o incapacidad de los Estados para hacer cumplir con un cuadro básico de obligaciones en materia de Seguridad Social retroalimenta la existencia del trabajo informal⁵.

El trabajo informal es un trabajo sin todas las garantías jurídico-sociales, esto es, situado al margen y contra el ordenamiento sociolaboral vigente, que incumple total o parcialmente las normas

¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Configuración y sentido político-jurídico y técnico-jurídico”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Dir.), DE VAL TENA, Á. L. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (Coord.) *et al. El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2018, p. 3.

² *Ibidem*, p. 11.

³ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 14 de julio de 2012.

⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A. y RUBIO HERRERA, R.: “Prólogo”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A. y RUBIO HERRERA, R. (Dirs. y Coords.) *et al. Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2014, p. IX.

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S.: “El derecho social ante el espejo de sus limitaciones. La inacción del derecho social ante el fenómeno del trabajo informal”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.) *et al. Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de la Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Comares, 2016, p. XIII.

sociales de trabajo y que por ello acaba siendo un empleo precario y contrario al trabajo decente o digno de la persona que trabaja en el sentido otorgado por la OIT a dicha expresión⁶.

En otros términos, es un trabajo que se realiza sin cumplir las obligaciones en materia de protección social, como ocurre con los cuidadores no profesionales de personas que se encuentran en situación de dependencia.

En suma, en el último lustro ha tenido lugar una suspensión del Sistema de Dependencia, pudiendo hablarse de un nuevo Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de mínimos en el que el Estado ha vuelto a no responsabilizarse de los cuidadores de las personas dependientes⁷.

II. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS CUIDADORES FAMILIARES DE LAS PERSONAS DEPENDIENTES

1. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES ANTERIOR AL REAL DECRETO-LEY 20/2012, DE 13 DE JULIO

En nuestro país, el papel de los cuidadores no profesionales ha estado siempre representando mayoritariamente por mujeres –para la doctrina, es un trabajo invisible con rostro de mujer⁸, pues son más del 80 % de la población cuidadora⁹–, carente de reconocimiento social y de cualquier tipo de protección social que dignifique su trabajo y que compense la pérdida o reducción de sus expectativas de inserción laboral en el mercado de trabajo ordinario¹⁰.

Por ello, uno de los mayores logros de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹¹ –en adelante y para simplificar, Ley 39/2006– fue reconocer el esfuerzo y sacrificio realizado por los cuidadores no profesionales, generándoles también una carrera de seguro¹², a través de la configuración para los mismos de un estatuto jurídico básico o de mínimos que les reconocía como trabajadores asalariados por cuenta ajena, casi profesionalizándoles o semiprofessionalizándoles.

El artículo 14.4 de la Ley 39/2006 establece respecto de las prestaciones de atención a la dependencia que “*el beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención*” –prestación económica que, de conformidad con el artículo 7.x) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio¹³, se encuentra exenta–.

⁶ *Ibidem*, p. IX.

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S.: “El derecho social ante el espejo de sus limitaciones. La inacción del derecho social ante el fenómeno del trabajo informal”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.) *et al: Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de la Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, cit., p. X.

⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen cuasi-profesional de cuidado de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer (Comentario de los Reales Decretos 615/2007, de 11 de mayo, y 727/2007, de 8 de junio)”, en *Temas Laborales*, núm. 69, 2007, *passim*.

⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Modelo de protección de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social”, en *Documentación administrativa*, núm. 276-277, 2006-2007, p. 584.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2014, pp. 221 y 312; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas de la tercera edad”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.) *et al: Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Colección Comentarios a la Legislación Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2002, p. 1869.

¹¹ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 15 de diciembre de 2006.

¹² MALDONADO MOLINA, J. A.: “Trabajo decente y cuidadores de personas dependientes”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Dir.), DE VAL TENA, Á. L. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (Coord.) *et al: El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por José Luis Monereo Pérez, cit., p. 683.

¹³ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 29 de noviembre de 2006.

En los mismos términos se expresa el artículo 18 de la Ley 39/2006 titulado “*prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales*” respecto al régimen jurídico de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, en virtud del cual:

1. *Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares.*
2. *Previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica.*
3. *El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente.*
4. *El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso”.*

Pero aunque la Ley 39/2006 configure la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales de excepcional, la experiencia dada por los años de aplicación de dicha Ley 39/2006 evidencia que ésta ha sido la prestación preponderante concedida a los beneficiarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia por dos motivos: en primer lugar, porque los solicitantes dependientes prefieren confiar su cuidado en su propia familia y, en segundo lugar, por motivos presupuestarios –debido a su coste inferior respecto al resto de las prestaciones que integran la acción protectora de dicho Sistema–, y es que su cuantificación a la baja ha sido una constante en la fijación del importe de las prestaciones por parte del Consejo Territorial¹⁴, cuya infravaloración respecto de las prestaciones de los cuidadores profesionales –y de las demás prestaciones económicas– resulta discriminatoria.

Respecto a la protección social de los cuidadores no profesionales, el artículo 18 de la Ley 39/2006 establece en su apartado tercero que “*el cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente*”.

Del mismo modo, la disposición adicional cuarta de la Ley 39/2006, rubricada “*Seguridad Social de los cuidadores no profesionales*” dispone que “*reglamentariamente el Gobierno determinará la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el Régimen que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización*”.

Afortunadamente, el desarrollo de la Seguridad Social aplicable a los cuidadores no profesionales no tardó mucho en llegar y se hizo por medio del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia¹⁵ –en adelante y para simplificar, Real Decreto 615/2007–.

El objetivo del Real Decreto 615/2007, según su exposición de motivos, consiste en “*regular la inclusión en la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales*”. Se pretende el establecimiento de un marco jurídico uniforme e igualitario de encuadramiento y cotización en el sistema de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales, excluyente de divergencias autonómicas al respecto¹⁶.

Por tanto, una de las principales características de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales es la aplicación del mismo tratamiento en todo el territorio nacional, ya que no pueden darse diferentes reglas de encuadramiento, afiliación, cotización, según el territorio en que se apliquen, pues se trata de legislación básica de Seguridad Social –artículo 149.1.17ª de la Constitución

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., p. 221.

¹⁵ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 12 de mayo de 2007.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., p. 225; MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, cit., p. 333.

Española¹⁷– y porque, como bien indica la exposición de motivos del Real Decreto 615/2007, ello tendría “*consecuencias negativas para la calidad de las prestaciones y para la igualdad efectiva en el acceso a éstas por parte de los beneficiarios*” sobre todo, de los cuidadores no profesionales, al encontrarse vinculado su régimen jurídico de Seguridad Social con las prestaciones futuras¹⁸.

Conforme expresa el Real Decreto 615/2007, el vigente ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, para cumplir con el mandato incluido en la Ley 39/2006, facilita el recurso al instituto del convenio especial previsto en el artículo 166.3¹⁹ del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social²⁰, al que se deberán acoger los cuidadores no profesionales para acceder a la protección del sistema de la Seguridad Social, en tanto se perciba la prestación económica regulada en la Ley 39/2006.

Por tanto, el objetivo del Real Decreto 615/2007 se atendió, por un lado, mediante la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas reconocidas por los servicios sociales competentes como cuidadores no profesionales, en situación de alta especial, a través de la suscripción de un Convenio especial ajustado a las previsiones específicas de la norma –no siendo la primera vez que se produce la inclusión en el Sistema de la Seguridad Social de algunas actividades que anteriormente no eran consideradas como de trabajo²¹– y, por otro lado, reconociéndoles el derecho a ser destinatarios preferentes de acciones formativas específicas con el fin de dotar de mayor calidad a los cuidados prestados a las personas dependientes²².

Ahora bien, no se trata del convenio especial ordinario o común, sino de una modalidad específica, con diferencias tanto en los requisitos –por ejemplo, una de sus particularidades consiste en que su suscripción no precisa de la acreditación de un período de cotización previo, lo que se conoce como período de carencia²³–, como en la acción protectora –no se limita a las contingencias comunes– y también en la financiación²⁴.

Así, se dio cumplimiento al artículo 3.3.3^o de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social²⁵ –en adelante y para simplificar, Orden TAS/2865/2003–, modificada por la Orden TAS/482/2008, de 22 de febrero²⁶, relativo a la regulación general, si bien con las particularidades dispuestas en el artículo 28²⁷, el cual dispone que “*no será exigible el período mínimo de cotización en los convenios especiales a que se refieren los artículos 11 a 22 de esta Orden, ni, en general, cuando reglamentariamente se prevea la suscripción de convenio especial para la inclusión en el Sistema de Seguridad Social*”.

Y es que al convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia suscrito entre el cuidador no profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social le es de aplicación también el Capítulo I de la Orden TAS/2865/2003.

¹⁷ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 29 de diciembre de 1978.

¹⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, p. 96.

¹⁹ El cual establece que “*los casos de excedencia forzosa, traslado por la empresa fuera del territorio nacional, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y los demás que señale el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podrán ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias, con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan*”.

²⁰ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 31 de octubre de 2015.

²¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., p. 95.

²² MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^o: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., pp. 226 y 227.

²³ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., p. 98.

²⁴ MALDONADO MOLINA, J. A.: “Trabajo decente y cuidadores de personas dependientes”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Dir.), DE VAL TENA, Á. L. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (Coord.) et al: *El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., cit., p. 682.

²⁵ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 18 de octubre de 2003.

²⁶ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 28 de febrero de 2008.

²⁷ MERCADER UGUINA, J. R., GOERLICH PESET, J. M., ARADILLA MARQUÉS, M. J., MORENO SOLANA, A. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: *Practicum Social 2017*, Navarra, Aranzadi, 2017, p. 1188.

Así lo dispone el artículo 5 del Real Decreto 615/2007 titulado “*aplicación supletoria*” cuando establece que “*en lo no previsto en los artículos anteriores se aplicará lo dispuesto en el capítulo I de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social*”.

En cuanto a la acción protectora, conforme el artículo 3 del Real Decreto 615/2007, la situación de asimilación al alta “*será a efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza*—esto es, si tienen causa de contingencia común o profesional—”.

El régimen de protección social anterior plantea problemas aplicativos y es que, por un lado, el alcance de la tutela es limitado, puesto que se excluyen las prestaciones periódicas temporales, tales como la incapacidad temporal, la maternidad, la paternidad, el riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural²⁸, etc., al igual que las prestaciones por desempleo.

Y, por otro lado, respecto al surgimiento del derecho a las restantes prestaciones incluidas en su ámbito —tales como la incapacidad permanente, la jubilación y la viudedad—, va a encontrarse seriamente obstaculizado por las dificultades de cobertura, en la práctica, de los periodos de carencia exigibles —sobre todo a efectos de la pensión de jubilación—, dada la edad avanzada que tienen de media las actuales personas cuidadoras no profesionales, sin dejar de obviar los problemas de calificación de las contingencias profesionales en este caso, tanto por el entorno de la prestación de los cuidados —el ámbito doméstico— como por la naturaleza de la prestación²⁹.

Si el propósito del legislador era otorgar una protección efectiva de los cuidadores no profesionales, el Real Decreto 615/2006, desde un principio, debería haber establecido modulaciones en los periodos de carencia para el acceso a las pensiones, especialmente para el acceso a la pensión de jubilación, atendiendo a la correlación entre las respectivas edades de la persona dependiente y la persona cuidadora no profesional; pues bien, siendo conscientes de esta disfuncionalidad, ésta podría corregirse de dos maneras que permitirían la continuidad de la carrera de seguro y contribuiría a consolidar la protección social del cuidador no profesional: en primer lugar, mediante la bonificación del periodo de cotización a efectos de la carencia mínima exigida legalmente para cursar el derecho a dicha pensión en función de la correlación de las edades del cuidador y de la persona dependiente, o bien estableciendo la posibilidad de que el cuidador no profesional suscriba otro tipo de convenio especial después de la extinción del convenio especial de cuidadores no profesionales por fallecimiento de la persona dependiente o por extinción de la prestación por cuidados en el entorno familiar como consecuencia de que los equipos de valoración consideren adecuado otro tipo de cuidados a la persona dependiente en cuestión³⁰.

Por último, no se debe olvidar que desde el momento en que el cuidador no profesional es sujeto protegido por el régimen general de Seguridad Social español, aunque sólo lo sea en relación con determinadas contingencias, se debe calificar como sujeto incluido en el ámbito de aplicación personal del Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social³¹.

²⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., p. 100.

²⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., pp. 227 y 228; MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Granada, Comares, 2007, p. 335; *Vid.*, al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, *passim*.

³⁰ GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: “La protección social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Últimas reformas, incertidumbres y retrocesos”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A. y RUBIO HERRERA, R. (Dir. y Coords.) *et al.* *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, cit., pp. 274 y 275.

³¹ Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha de 30 de abril de 2004. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “La inclusión de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia y de las que no pueden valerse por sí mismas en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.) *et al.* *Las Prestaciones Españolas por dependencia y el Derecho de la Unión*, Murcia, Laborum, 2011, p. 184.

En lo concerniente a la cotización, según el artículo 4.1 del Real Decreto 615/2007, como regla general, no es posible elegir una base mensual de cotización, ya que *“la base mensual de cotización en el convenio especial será el tope mínimo que, en cada momento, esté establecido en el Régimen General de la Seguridad Social”* –a diferencia del convenio común que permite que el sujeto opte por cuatro alternativas³²–.

Si bien, establece el segundo párrafo de dicho precepto que *“en los casos en que los cuidados a la persona en situación de dependencia no alcancen la dedicación completa³³, la base de cotización indicada se reducirá proporcionalmente, sin que, salvo lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado siguiente, la base de cotización pueda ser inferior al 50 por ciento del tope mínimo establecido en el Régimen General”*.

Además, dispone el párrafo tercero del mismo artículo que cuando a la persona que se encuentra en situación de dependencia tuviera reconocido el grado I, –correspondiente a la dependencia moderada– *“en todo caso se entenderá que, dadas las características de la atención prestada por estos cuidadores no profesionales, la base mensual de cotización en el correspondiente convenio especial será el cincuenta por ciento del tope mínimo establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, salvo que resultara inferior por aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado siguiente”*.

Según la Disposición adicional primera del Real Decreto 615/2007, relativa al acceso y cálculo de las prestaciones en los supuestos de cuidados no profesionales a tiempo parcial, *“en los supuestos previstos en el segundo y tercer párrafo del artículo 4.1 para el acceso y cálculo de las correspondientes prestaciones económicas se aplicarán las reglas previstas en los casos de contratos a tiempo parcial”*.

No obstante lo expuesto con anterioridad, es posible en determinadas situaciones cotizar por una base más alta.

Esos supuestos son los siguientes³⁴:

1. Según el artículo 4.2, párrafo primero, del Real Decreto 615/2007, *“cuando la persona que desempeñe las funciones de cuidador no profesional haya interrumpido una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, por la que hubiera estado incluido en el sistema de la Seguridad Social, a fin de dedicarse a la atención de la persona dependiente, podrá mantener la base de cotización del último ejercicio en dicha actividad, siempre que resulte superior al tope mínimo del Régimen General, siendo a su cargo directo el coste del incremento de cotización sobre la cuantía resultante de la aplicación del apartado 1 de este artículo. Dicha base podrá actualizarse en los mismos términos que el tope mínimo citado”*. Es decir, por la interrupción de la actividad profesional –por cuenta propia o ajena– que venía desarrollando el cuidador no profesional por necesidad de proporcionar los cuidados a la persona en situación de dependencia.

2. Según el artículo 4.2, párrafo segundo, del Real Decreto 615/2007 *“en los casos previstos en el artículo 2.4 –en los casos en que, como consecuencia de la realización de los cuidados no profesionales, el cuidador haya de reducir su jornada de trabajo y la correspondiente retribución, en los términos previstos en la legislación laboral o de función pública que sea de aplicación, el convenio especial se aplicará en orden al mantenimiento de la base de cotización en los términos contemplados en el artículo 4.2–, la suma de la base de cotización del cuidador no profesional, en función de la actividad laboral realizada, y la prevista en este apartado, no podrá ser superior a la base por la que se venía cotizando antes de reducir la jornada y la correspondiente retribución, como consecuencia de la atención al familiar en situación de dependencia. De superarse el límite indicado, se procederá a reducir la base de cotización aplicable en el convenio especial”*. Esto es, por reducción de la jornada laboral y, por consiguiente, de la correspondiente retribución del cuidador no profesional, por necesidad de proporcionar los cuidados a la persona que se encuentre en situación de dependencia.

³² MALDONADO MOLINA, J. A.: “Trabajo decente y cuidadores de personas dependientes”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Dir.), DE VAL TENA, Á. L. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (Coord.) et al: *El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., cit., p. 683.

³³ De conformidad con el artículo 28, apartado segundo, de la Orden TAS/2865/2003, *“a efectos de la suscripción de este convenio especial, se considerará que los cuidados no profesionales alcanzan la dedicación completa a que se refiere el artículo 4.1 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, cuando se presten durante 40 horas semanales”*.

³⁴ MERCADER UGUINA, J. R., GOERLICH PESET, J. M., ARADILLA MARQUÉS, M. J., MORENO SOLANA, A. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: *Practicum Social 2017*, cit., p. 1189.

3. En virtud del artículo 2.5 del Real Decreto 615/2007, “*en los casos en que el cuidador no profesional, con anterioridad a la prestación de los correspondientes cuidados en beneficio de la persona dependiente, hubiese suscrito un convenio especial con la Seguridad Social, procederá la extinción de dicho convenio y la suscripción del regulado en este real decreto, sin perjuicio del mantenimiento de la base de cotización de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.2*”. En otros términos, por sustitución del convenio especial con la Seguridad Social anterior por el destinado a cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia.

En los supuestos a que se refiere el artículo 4.2 del Real Decreto 615/2007, cuando el cuidador no profesional haya optado por mantener la base de cotización por la que venía cotizando, los efectos de tal opción coincidirán con los del convenio especial de presentarse la solicitud dentro de los 90 días naturales siguientes al de la baja en el régimen en el que el cuidador no profesional estaba encuadrado por la actividad o convenio anterior o al de la reducción de la jornada³⁵. Si la opción se formulase fuera del plazo antes indicado de 90 días, surtirá efectos desde el día de presentación de la solicitud –artículo 28.6 Orden TAS/2865/2003–.

En estos casos en los que se opta por una base de cotización superior, el derecho a cotizar por parte del cuidador no profesional se extinguirá por dos motivos³⁶:

- Por renuncia al abono de la parte de cuota a cargo del cuidador no profesional, comunicada a la Tesorería General de la Seguridad Social, en cuyo caso, los efectos de tal renuncia se producirán a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la comunicación.
- Por falta de pago de tres mensualidades consecutivas o cinco alternativas de la parte de cuota a cargo del cuidador no profesional, excepto si concurre una causa justificada de fuerza mayor acreditada.

Además, de conformidad con el artículo 4.3 del Real Decreto a la base de cotización “*se aplicará el tipo de cotización vigente en cada momento*”, minorándose el importe resultante mediante la aplicación del coeficiente reductor que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social “*previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda, siendo el resultado la cuota a ingresar*”, cotizándose por formación profesional “*en una cuantía equivalente al 0,2 por ciento aplicable a la base de cotización*”.

Por último, en lo referente a la extinción del convenio especial, éste se extinguirá por cualquiera de las siguientes causas generales establecidas en el artículo 10.2 de la Orden TAS/2865/2003:

“a) Por quedar el interesado comprendido, por la realización de actividad, en el campo de aplicación del mismo Régimen de Seguridad Social en el que se suscribiera el convenio o en otro Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social, siempre que el trabajador o asimilado que lo suscribiere preste sus servicios o ejerza su nueva actividad a tiempo completo o a tiempo parcial, por tiempo indefinido o por duración determinada, con carácter continuo o discontinuo, y la nueva base de cotización que corresponda sea igual o superior a la base de cotización del convenio especial.

No obstante, no se producirá la extinción del convenio especial por esta causa, salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario, en los casos de pluriempleo o pluriactividad en los términos establecidos en el Capítulo II de esta Orden.

b) Por adquirir el interesado la condición de pensionista por jubilación o de incapacidad permanente en cualquiera de los Regímenes del Sistema de Seguridad Social.

d) Por fallecimiento del interesado.

No se extinguirá el convenio especial por desplazamiento del suscriptor al extranjero aunque este desplazamiento supere el plazo de 90 días o, en su caso, la prórroga que pueda concederse,

³⁵ Sobre el tema de la reducción de la jornada laboral, *vid.*, CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, p. 115 y ss.

³⁶ Artículo 28.6 de la Orden TAS/2865/2003.

tanto si el trabajador o asimilado queda incluido como si queda excluido del campo de aplicación de la Seguridad Social en el país al que se desplace el suscriptor del convenio”.

Empero, además de los anteriores motivos de extinción, el convenio especial se puede extinguir por los motivos específicos establecidos en el artículo 28.5 de la Orden TAS/2865/2003, en virtud del cual el “*convenio especial se extinguirá por las causas señaladas en el artículo 10.2 de esta orden, a excepción de las recogidas en sus párrafos c) y e), así como por las siguientes:*

- a) Por adquirir el cuidador la condición de titular de una pensión de viudedad o en favor de familiares, cuando tenga 65 o más años.
- b) Por fallecimiento de la persona en situación de dependencia o extinción de la prestación económica para cuidados familiares por ella percibida.
- c) Cuando el cuidador deje de prestar sus servicios como tal o, en general, de reunir las condiciones y requisitos establecidos en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo”.

2. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES TRAS EL REAL DECRETO-LEY 20/2012, DE 13 DE JULIO

Conforme a la configuración legal y los propios términos que rotulan el artículo 18 de la Ley 39/2006, la prestación económica de cuidados en el entorno familiar a la persona que se encuentra en situación de dependencia, parte de la complementariedad de dos fines: en primer lugar, la atención del dependiente en su hábitat y, en segundo lugar, la compensación económica del cuidador informal³⁷.

Sin embargo, ese objetivo se frustró en la práctica desde un principio, dada la escasa cuantía asignada a dicha prestación económica —en comparación con las demás prestaciones económicas del Sistema—, circunstancia que se ha acentuado a raíz de las modificaciones restrictivas incorporadas por el Real Decreto-ley 20/2012³⁸, y es que dicha norma incorpora diferentes medidas de carácter económico que generan un ahorro³⁹ y que perjudican seriamente la protección social de los cuidadores no profesionales.

En efecto, la Disposición transitoria décima del Real Decreto-ley 20/2012, titulada “*cuantías máximas de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar, de asistencia personal y de la prestación vinculada al servicio*”, por un parte, mantiene las cuantías máximas vigentes en el momento de entrada en vigor de la norma —15 de julio de 2012— para los beneficiarios de prestaciones económicas que a esa fecha ya tuvieran reconocido el grado y nivel de dependencia y hubieran comenzado la percepción de la prestación— con la excepción, exclusivamente, de la prestación económica de cuidados en el entorno familiar, cuya cuantía máxima para los diferentes grados y niveles se reduce, desde el 1 de agosto de 2012, en un 15 % y, por otra parte, tanto cuando se trate de nuevos solicitantes posteriores al 15 de julio de 2012 como de solicitantes anteriores a dicha fecha pero cuyo reconocimiento de grado de dependencia y/o prestaciones estuviese pendiente, las diferencias cuantitativas entre prestaciones siguen siendo destacables en perjuicio de la prestación económica de cuidados en el entorno familiar —como ya venía sucediendo desde el inicio de aplicación de la Ley 39/2006—, fijándose su importe en torno a un 50 % del establecido para el resto de las prestaciones⁴⁰.

³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Granada, Comares, 2007, p. 330.

³⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., p. 224.

³⁹ KAHALE CARRILLO, D. T.: “Prestación económica para cuidadores en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales”, en GARCÍA GARNICA, M. C. (Dir.) y ROJO ÁLVAREZ MANZANEDA, R. (Coord.) *et al: Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 396.

⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., p. 225.

La última ratio de la cuantificación a la baja de la prestación económica de cuidados en el entorno familiar, en términos comparativos con las demás prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia es básicamente de índole presupuestaria y guiada por objetivos de contención del déficit público⁴¹.

De hecho, así se contiene de forma explícita en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2012 al expresar que *“la sostenibilidad económica del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la situación económica por la que atraviesa la economía española y la exigencia de cumplimiento de los objetivos de déficit público, requieren la adopción por el Gobierno de medidas urgentes de naturaleza económica que se traduzcan en ahorros inmediatos en el gasto de las administraciones públicas. En este sentido, el presente real decreto-ley incorpora distintas medidas que generan un ahorro, por una parte, en el gasto de las comunidades autónomas, a través de la reducción de las cuantías máximas de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar, y, por otra, en el gasto de la Administración General del Estado, por la vía de la reducción de las cuantías del nivel mínimo de financiación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”*.

Por las reformas racionalizadoras del sistema de protección no afectaron tan sólo a la cuantía de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, pues se proyectaron de igual modo sobre el régimen de acceso efectivo a la misma, así como en el de retroactividad de sus efectos económicos tras su reconocimiento administrativo –esto es, el devengo de atrasos una vez reconocida dicha prestación–⁴².

Respecto a la primera cuestión, establece la disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 20/2012 atinente a las solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia pendientes de resolución a la entrada en vigor del Real decreto-ley –15 de julio de 2012– que *“en el caso de aquellas personas que hayan presentado una solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley que se encuentre pendiente de resolución a esa fecha, el derecho de acceso a las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, derivadas del reconocimiento de dicha situación estarán sujetas a un plazo suspensivo máximo de dos años a contar desde la fecha de la resolución de reconocimiento de las prestaciones o, en su caso, desde el transcurso del plazo de seis meses desde la presentación de la solicitud sin haberse dictado y notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación –silencio administrativo positivo–, plazo que se interrumpirá en el momento en que el interesado empiece a percibir dicha prestación”*.

Se ha de destacar que este restrictivo régimen contrasta con el aplicable a las restantes prestaciones económicas y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para las que no se prevé tal suspensión de efectividad⁴³.

En cuanto a la segunda cuestión, la disposición adicional séptima del Real Decreto-ley 20/2012 estipula sobre las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, reconocidas y no percibidas, lo siguiente:

En primer lugar, que *“desde la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, dejarán de producir efectos retroactivos para aquellas personas que a dicha fecha no hayan comenzado a percibir todavía las prestaciones económicas reconocidas a su favor, quienes conservarán, en todo caso, el derecho a percibir las cuantías que, en concepto de efectos retroactivos, hayan sido ya devengadas hasta dicho momento”*.

Y, en segundo lugar, que *“a partir de la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, reconocidas a favor de las personas mencionadas en el apartado anterior quedarán*

⁴¹ *Ibidem*, cit., p. 225.

⁴² GONZÁLEZ DE PATTO, R. M. “La protección social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Últimas reformas, incertidumbres y retrocesos”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A. y RUBIO HERRERA, R. (Dirs. y Coords.) *et al.* *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, cit., pp. 265 y 267.

⁴³ *Ibidem*, p. 266.

sujetas a un plazo suspensivo máximo de dos años a contar desde la fecha de la resolución de reconocimiento de la prestación o, en su caso, desde el transcurso del plazo de seis meses desde la presentación de la solicitud sin haberse dictado y notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación, plazo que se interrumpirá en el momento en que el interesado empiece a percibir dicha prestación”.

Además, la disposición final primera del Real Decreto-ley 20/2012 modificó la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público⁴⁴, sobre el aplazamiento y periodificación del abono de los efectos retroactivos de las prestaciones económicas previstas en la Ley 39/2006, la cual ha quedado redactada en los siguientes términos: *“las cuantías en concepto de efectos retroactivos de las prestaciones económicas previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, para los casos en que los mismos se hayan generado desde la fecha de la solicitud, podrán ser aplazadas y su abono periodificado en pagos anuales de igual cuantía, en un plazo máximo de ocho años desde la fecha de la resolución firme de reconocimiento expreso de la prestación, si así se acuerda por las administraciones competentes. El aplazamiento deberá ser notificado a la persona beneficiaria de la prestación y a la Administración General del Estado a los efectos de que por ésta se regularice su pago a la comunidad autónoma en lo que respecta al nivel mínimo”.*

Pero, aparte de todo lo anterior, según la devastadora disposición adicional octava del Real Decreto-ley 20/2012 concerniente al régimen de los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia:

“1. A partir de la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, el convenio especial regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, tendrá, para los cuidadores no profesionales, carácter voluntario y podrá ser suscrito entre el cuidador no profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social.

2. Las cotizaciones a la Seguridad Social por el convenio especial indicado en el apartado anterior serán a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo.

3. Estos convenios especiales surtirán efectos desde la fecha de la solicitud de suscripción del convenio especial”.

En los mismos términos establece también la disposición adicional decimocuarta del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁴⁵, titulada *“régimen jurídico de los convenios especiales de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia”*, en la que se dispone lo siguiente:

“1. A partir del 15 de julio de 2012, el convenio especial regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, tendrá carácter voluntario para los cuidadores no profesionales y podrá ser suscrito entre el cuidador no profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social.

2. Las cotizaciones a la Seguridad Social por el convenio especial indicado en el apartado anterior serán a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo.

3. Estos convenios especiales surtirán efectos desde la fecha de la solicitud de suscripción del convenio especial”.

Y, además, de conformidad con la Disposición transitoria decimotercera del Real Decreto-ley 20/2012, relativa a los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia existentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley:

⁴⁴ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 24 de mayo de 2010.

⁴⁵ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 31 de octubre de 2015.

“Los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia previstos en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, existentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, se extinguirán el día 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicite expresamente el mantenimiento del mismo con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entenderá subsistente dicho convenio desde el día 1 de septiembre de 2012.

En este último caso, desde el día 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2012 la cotización a la Seguridad Social tendrá una reducción del 10 % en el total de la cuota a abonar, siendo a cargo de la Administración General del Estado el 5 % del total de la cuota y el 85 % restante a cargo del cuidador no profesional.

A partir del día 1 de enero de 2013, el convenio especial será a cargo exclusivamente del cuidador no profesional”.

Por tanto, las citadas normas suprimen la obligatoriedad del encuadramiento en la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia, haciendo voluntaria para el cuidador, en todos los casos, la suscripción del convenio especial y, por otra parte, atribuye íntegramente a aquél la obligación de cotización a la Tesorería General de la Seguridad Social⁴⁶.

Y es que antes del Real Decreto-ley 20/2012 el convenio especial no era una opción, sino que era obligatorio, cuyo pago de la cuota de cotización a la Seguridad Social era asumida total directamente por la Administración General del Estado –IMRSO–, liberando, por tanto, al cuidador no profesional de tal pago, si bien únicamente en los supuestos en que el cuidador decidiese elevar o mantener la base por encima de lo establecido con carácter general, la diferencia corría a cargo del cuidador⁴⁷.

Lógicamente, lo anterior ha desincentivado vertiginosamente la suscripción de tal convenio especial, lo que ha producido la expulsión del Sistema de Seguridad Social de un importante contingente de cuidadores no profesionales, previsiblemente los pertenecientes a capas económicamente más desfavorecidas que sufren las mayores dificultades para asumir la carga económica que supone la cotización⁴⁸. Y es que no sólo se les ha reducido la prestación económica de cuidados en el entorno familiar, sino que además el pago de la cotización del convenio especial es a su cargo.

En suma, tras el Real Decreto-ley 20/2012 se ha dejado de reconocer el cuidado de personas dependientes realizado por familiares no profesionales como un trabajo próximo al formal, es decir, lo que fue una de las grandes conquistas de la Ley de Dependencia, al reconocer su trabajo como tal, retribuyéndoles mediante una compensación económica, dándoles de alta –especial– en la Seguridad Social y cotizando por ellas a través de la suscripción de un convenio especial financiado por el Estado se perdió con la crisis económica y social que estalló en el año 2008⁴⁹.

Claramente, la opción del legislador de urgencia en esta materia conlleva graves repercusiones de tipo constitucional, ya que el cambio de régimen en materia de seguridad social podría calificarse de contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, pues el traslado indiscriminado de la carga del abono de la cotización al cuidador no profesional sin tomar en consideración sus ingresos y cargas familiares al respecto podría suponer una discriminación por razón de su situación social y

⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., p. 227.

⁴⁷ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., p. 100.

⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., p. 227.

⁴⁹ MALDONADO MOLINA, J. A.: “Trabajo decente y cuidadores de personas dependientes”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Dir.), DE VAL TENA, Á. L. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (Coord.) et al: *El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., cit., pp. 683 y 684.

capacidad económica, por ende, sería conveniente introducir medidas correctoras conforme a criterios de equidad e igualdad efectiva de oportunidades que, ateniendo a circunstancias como la capacidad económica personal, cargas familiares, edad de la persona que se encuentra en situación de dependencia y del cuidador no profesional e historial previo de cotización de este último, podría facilitar bastante la inclusión en el sistema de Seguridad Social de todos aquellos cuidadores no profesionales que tengan dificultades para abonar el pago de la cotización al Régimen General de la Seguridad Social: tales medidas podrían consistir en el establecimiento excepcional, para niveles de renta del cuidador profesional o de su unidad de convivencia inferiores a ciertos umbrales, de mínimos exentos o de bonificaciones en las cotizaciones sociales o, en la asunción total o parcial por parte del Estado de las mismas⁵⁰.

III. CONCLUSIONES

El sistema básico o mínimo de protección social contributiva para los cuidadores no profesionales de personas que se encuentran en situación de dependencia no existió hasta la Ley 39/2006, la cual valoró de forma positiva la dignificación y reconocimiento de su labor. Si bien, con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, se ha producido una acusada involución al respecto, pues dicho Real Decreto-ley, entre otros aspectos, minoró las cuantías de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar, estableció como voluntario la suscripción del convenio especial y, por último, determinó que el pago de las cotizaciones debería correr a cargo de los cuidadores no profesionales.

En definitiva, el Real Decreto-ley 20/2012 provocó que la mayoría de las cuidadoras familiares no puedan permitirse económicamente suscribir tal convenio especial —y menos aún tras la minoración de la prestación—, lo que ha determinado que trabajen en un marco de alegalidad sin ningún tipo de protección social. Pero no se debe olvidar que desde la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley el trabajo realizado por los cuidadores no profesionales de personas dependientes sigue existiendo, de hecho, cada vez más, debido al envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de las bajas tasas de natalidad y de la mejora de la esperanza de vida, pero sin ningún tipo de reconocimiento legal por el inmenso esfuerzo que realizan estas personas, pues les afecta a la conciliación de su vida personal, familiar y laboral en muchos aspectos.

Ya ha pasado más de un lustro desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, cuyas modificaciones se fundamentaban en motivos económicos ocasionados por la crisis económica y social que vivimos. Por ello, superada en parte tal etapa en nuestro país, sería una buena propuesta de *lege ferenda* la vuelta al régimen jurídico anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 en el que las cuantías eran mayores, el convenio especial obligatorio y la financiación a cargo del Estado —aunque también se podrían otorgar bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social o mínimos exentos en atención a las circunstancias económicas, personales o familiares de los cuidadores no profesionales—, porque sólo de esta manera se les puede reconocer su trabajo, cumpliendo así con la finalidad originaria de la Ley 39/2006. Y es que nuestro sistema público de protección social debe ser justo y solidario hacia los cuidadores familiares.

Asimismo, con la finalidad de mejorar aun más la protección social de esta clase de trabajadores, sería conveniente la inclusión de la incapacidad temporal y la prestación por desempleo dentro de la acción protectora del artículo 3 del Real Decreto 615/2007, además de introducir modulaciones en los periodos de carencia para el acceso a las prestaciones incluidas en dicha acción protectora, teniendo en cuenta las edades de las personas en situación de dependencia y de los cuidadores no profesionales. Sólo de esta manera se puede garantizar un trabajo decente para los cuidadores no profesionales que atienden a personas dependientes.

⁵⁰ GONZÁLEZ DE PATTO, R. M. “La protección social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Últimas reformas, incertidumbres y retrocesos”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A. y RUBIO HERRERA, R. (Dirs. y Coords.) *et al: Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, cit., pp. 271 y 272.

CAPÍTULO XI. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR Y LA SEGURIDAD SOCIAL DE CUIDADORES NO PROFESIONALES

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

*Profesor (acreditado a Titular) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT)*

I. INTRODUCCIÓN

La atención a las personas en situación de dependencia es uno de los principales retos sociales de las economías desarrolladas. El reto no es otro que atender a las personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos con el fin de poder ejercer sus derechos, acceder a los bienes sociales y desarrollar las actividades más esenciales de la vida diaria. Así lo vienen poniendo de relieve todos los informes, documentos y decisiones de organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

El cuidado de las personas en situación de dependencia en España ha sido adjudicado tradicionalmente a las familias, pilar básico del denominado sector informal, de la cual se consideran a todos los familiares como cuidadores, independientemente que residan en el hogar del dependiente o que viven fuera del mismo. El resultado de lo anterior conduce a que los cuidadores familiares de distintas categorías constituyan la estructura social básica de los cuidados personales, en el que hay que destacar a los cónyuges, hijas y nueras como núcleo fundamental de los cuidados informales. Sin embargo, este cuidado, casi en exclusiva, por parte de las familias se está cuestionando por factores sociales (disminución del número de hijos e incorporación de la mujer al mundo laboral, entre otros), por el incremento en el número de personas que precisan cuidados, y en muchos casos por la complejidad de los mismos¹.

La situación de la dependencia ha dejado de verse como un problema exclusivamente individual o familiar, para pasar a percibirse como un problema que afecta a la sociedad en su conjunto; que exige nuevas políticas públicas y una determinación de los objetivos y funciones del Estado más ajustadas a las necesidades de los ciudadanos. Ello, sin duda, implica nuevos compromisos de protección y financiación.

La dependencia desde su origen permite distintos puntos de aproximación. En este sentido, es aquella que toma como referente no al sujeto activo de tutela, sino al objeto que se persigue. Dicho en otras palabras, sería hablar de la «ayuda a la autonomía personal». El origen de esta situación tiene un claro fundamento social y una neta explicación demográfica. La idea de dependencia ofrece distintos significados; y su alcance puede quedar referido a cualquier colectivo social². La realidad social demuestra que el colectivo de personas mayores resulta su campo de aplicación natural. Hay que recordar que todos somos dependientes, pero hay colectivos que necesitan más ayuda que otros.

¹ Vid. CLARAMUNT BIELSA, M., “Cobertura pública en España”, en AA.VV. (Ed. MORAGAS MORAGAS, R.), *El reto de la dependencia al envejecer*, Herder, Barcelona, 1999, pág. 125.

² Un estudio de las posibles concepciones de dependencia, en MERCADER UGUINA, J., “Concepto y concepciones de la dependencia”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2004, págs. 171-180.

El término «dependen» etimológicamente proviene del verbo latín *dependere* que significa colgar. El diccionario de la Real Academia Española define dependencia como la situación de una persona que no puede valerse por sí misma³. La Organización Mundial de la Salud (OMS) la caracteriza como el hecho de no poder vivir de manera autónoma, y necesitar de forma duradera la ayuda de otros para actividades ordinarias de la vida cotidiana⁴.

El Consejo de Europa la define como la necesidad de ayuda o asistencia importante para las actividades de la vida cotidiana⁵. Dicho en otros términos, la dependencia es un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria⁶. Por otra parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez⁷.

El Texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa⁸ recoge en el artículo II-94, dentro de un genérico epígrafe sobre la «Seguridad Social y la ayuda social», el reconocimiento y respeto de la Unión por el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, enfermedad, accidentes laborales, dependencia o vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión, la legislación y las prácticas nacionales⁹.

³ Cfr. www.rae.es

⁴ 54.ª Asamblea Mundial de la Salud, mayo de 2001.

⁵ Cfr. MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE, H., “Una política integral de protección a las personas mayores dependientes”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 10, 1998, pág. 167. VAN BUGGENHOUT, B. y VEYS, A., “Les personnes âgées dépendantes en Europe: déficits et politiques”, *Revue Belge de Sécurité Sociale*, núm. 3, 1994, págs. 827 y ss. La Recomendación puede consultarse, con su respectivo Anexo, en IMSERSO, *Vejez y Protección Social a la Dependencia en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, págs. 11-21.

⁶ CONSEJO DE EUROPA, *Necesidades específicas de las personas dependientes: costes y financiación*, Estrasburgo, 1995. La protección de la dependencia, según las recomendaciones aprobadas por el Consejo de Europa, debe cumplir, por lo menos, con los siguientes objetivos: a) Reducir y/o prevenir la dependencia, impidiendo su agravamiento y atenuando sus consecuencias, b) Ayudar a las personas en situación de dependencia a llevar una vida según sus propias necesidades y deseos, c) Proporcionar una protección suplementaria a las personas en situación de dependencia, ya sea por la concesión de una prestación, o por el acceso a los servicios existentes, o mediante la creación de servicios apropiados.

En el cumplimiento de los objetivos indicados, se aboga por un sistema coordinado en el que se incluyen una serie de medidas en favor de las personas en situación de dependencia, y, entre ellas, las siguientes: a) Unas prestaciones determinadas, atribuidas tanto a las personas que viven en sus domicilios, como a las que residen en instituciones, pudiendo consistir en prestaciones en metálico directas o indirectas. Las prestaciones han de ser asignadas en función del grado de dependencia concurrente, por cuanto las mismas han de tener como finalidad primigenia la compensación de las cargas financieras que ocasiona la pérdida o deterioro de la autonomía personal, b) La libertad de elección y decisión, a fin de garantizar el respeto a la dignidad y a la autodeterminación de la persona en situación de dependencia. Incluso, en aquellos casos en que no sea posible mantener la libertad de elección, debe asegurarse una protección jurídica de la persona en esa situación, c) Una especial preocupación por la prevención y la recuperación, que eviten la aparición de las situaciones de dependencia, prevengan su agravamiento y reduzcan su grado de evolución, d) Dar una prioridad a la atención en el domicilio, en cuanto suele ser la preferida por la persona y constituye un elemento esencial del resto de la dignidad y de la calidad de vida de dicha persona. Ello precisa tanto de la adopción de medidas respecto de la habitabilidad y accesibilidad de las viviendas, como el establecimiento de ayudas y servicios a favor de las personas que tienen necesidad de asistencia y/o ayudas para la realización de actos ordinarios de la vida.

⁷ Un estudio de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en ALONSO SOTO, F., “Alcance y límites de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Documentación Social*, núm. 123, 2001, págs. 161-191. SCIERRA, S., “Derechos sociales: Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *Temas Laborales*, núm. 62, 2001, págs. 9-30. GARCÍA SILVERO, A., “Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2002, págs. 1169-1188.

⁸ Aprobado por España en referéndum, del día 20 de febrero de 2005.

⁹ Dejando al margen la consideración sobre los principios constitucionales comunitarios y su eficacia jurídica, posiblemente pueda admitirse que se trata de un deber de los poderes públicos europeos tendente a garantizar la protección de los ciudadanos mediante estas prestaciones de Seguridad Social, y entre las cuales se encuentra la dependencia con una mención expresa. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T y SUÁREZ CORUJO, B., “La garantía de los derechos sociales en la Constitución Europea. La consagración de la dependencia como contingencia protegida por los sistemas de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, págs. 471-502. Adquiere un significado especial porque, así, como el resto

(...)

Antes de seguir avanzando es preciso aclarar que no existen «personas dependientes», sino «personas en situación de dependencia». La dependencia no es una cualidad de algunas personas, al contrario es una situación que afecta de forma ocasional o cronificada en razón de circunstancias de edad, enfermedad o accidente. En este sentido, no existen «personas dependientes» y «personas independientes», sino situaciones en las que una persona puede perder parte de su autonomía para realizar determinadas tareas o actividades. Es decir, en situación más o menos intensa de dependencia¹⁰.

Empero, se destaca que, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LPAP)¹¹ no solo establece mecanismos de asistencia o atención a las personas en situación de dependencia, dado que, de conformidad con el artículo 1.1, también protege la autonomía personal de estas personas. De modo que la autonomía es «la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria». Por su parte, el apartado segundo del artículo 2 describe la dependencia como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal»¹².

De la simple lectura de la definición ofrecida por la LPAP, pueden extraerse los elementos que integran el término de dependencia:

- a) Carácter permanente: El acceso a la protección de la dependencia requiere que la necesidad de atención a la persona en situación de dependencia se prolongue en el tiempo. La dependencia tiene afinidad con la incapacidad permanente, y, por ende, aquella debe ser previsiblemente definitiva. No entrarán en la situación de dependencia, si bien materialmente lo sean, las situaciones que exclusivamente se desarrollen en un limitado período de tiempo o de nula dependencia, como en el caso de las enfermedades de corta duración.
- b) Agentes generadores de la situación de dependencia: La existencia de una limitación mental, intelectual, sensorial y/o física que influya en ciertas capacidades de la persona. Ello significa que dicha limitación debe derivar del envejecimiento (edad), la enfermedad y/o de la discapacidad. Hay que advertir que la situación de dependencia no es exclusiva de la ancianidad, dado que también afecta a otros colectivos. Existe una distorsión en asociar la situación de dependencia con las personas mayores, cuando en realidad dicha contingencia afecta a cualquier colectivo de la población y por cualquier otra circunstancia.
- c) La necesidad de ayuda de terceras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria¹³: Las consecuencias de la pérdida o falta de

de las mencionadas (maternidad, enfermedad, accidentes, vejez, desempleo) son contingencias ya conocidas, protegidas y consolidadas en los distintos sistemas de Seguridad Social y la dependencia no lo es. SAGARDOY BENGOCHEA, J. y LÓPEZ CUMBRE, L., «Políticas de familia y dependencia en el marco de la Seguridad Social», en AA.VV. (Dir. LÓPEZ LÓPEZ, M.), *Familia y dependencia*, Fundación Acción Familiar - Ediciones Cinca, Madrid, 2005, pág. 52.

¹⁰ GARCÍA HERRERO, G., «Ideas, Argumentos y propuestas sobre los Servicios Sociales, la Autonomía Personal y la Protección a las Personas en Situación de Dependencia», *Trabajo Social Hoy*, 2º semestre, 2005, pág. 22.

¹¹ BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

¹² El Consejo Económico y Social (CES) señala en el Dictamen 3/2006, de 20 de febrero de 2006, sobre el Anteproyecto de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que «debería evitarse el uso de la expresión «vivir al día» para referirse a «vivir cada día» o «vivir el día a día», puesto que aquella remite a un significado más relacionado con la subsistencia económica que con la autonomía personal».

¹³ El CES señala que la definición de las «actividades básicas de la vida diaria» (ABVD) necesita «aclarar las referencias que incluye dicha definición, y más concretamente, la que el texto hace a las actividades «básicas» de la vida diaria, pues la (...)»

autonomía se extiende a la necesidad de ayuda de terceros o de ayudas significativas para el desenvolvimiento de las actividades básicas de la vida diaria¹⁴. Es decir, a las tareas más elementales de la persona que le permitan desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, como pueden ser las actividades domésticas básicas, movilidad esencial, cuidado personal, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas¹⁵.

Cualquier tipo de definición de la situación de dependencia que se utilice pone de manifiesto que se trata de una situación de carencia que requiere de asistencia, servicio, prestación personal o ayuda, imprescindible para poder realizar las actividades, corrientes, pero esenciales de la vida diaria; entre ellos asearse, comer, beber, vestirse, desplazarse, entre otras. Se trata de una situación en la que el sujeto no es capaz, en mayor o menor grado, de gestionar su propia vida diaria y su entorno más inmediato en los aspectos más básicos y habituales¹⁶.

La calificación del grado de dependencia es un aspecto básico dentro del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), dado que determina su existencia mínima e intensidad. Así como las necesidades que se pueden presentar, entre ellas la calificación y graduación de la incapacidad permanente en la modalidad contributiva¹⁷, y las situaciones de dependencia en la modalidad no contributiva de las pensiones y/o en las asignaciones familiares¹⁸. Prestaciones que se encuentran reguladas por el sistema protector español desde hace unas décadas.

La dependencia se clasifica en los tres siguientes grados¹⁹:

- a) Dependencia moderada (Grado I): Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.
- b) Dependencia severa (Grado II): Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, de dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.
- c) Gran dependencia (Grado III): Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

definición de Actividades de la Vida Diaria que el Anteproyecto ofrece inmediatamente después en el apartado 3, remite a un campo de actividades de mayor amplitud, que engloba tanto actividades básicas (ABVD) como instrumentales (AIVD)».

¹⁴ La Encuesta de Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud (EDDES) del INE, define ABVD como las actividades «esenciales de autocuidado y de movilidad física, necesarias para llevar una vida independiente en casa». Por su parte, señala que las actividades instrumentales de la vida diaria (AIVD) son «las que se asocian a tareas de la vida doméstica y de administración del hogar que implican interacciones más complejas con el medio». Las ABVD recogidas en la EDDES y en el Libro Blanco sobre la atención a las personas en situación de dependencia, especifican como tales cambiar y mantener las posiciones del cuerpo; levantarse, acostarse, permanecer de pie o sentado; desplazarse dentro del hogar; deambular sin medio de transporte; asearse solo, lavarse y cuidar su aspecto; controlar las necesidades y utilizar solo el servicio; vestirse, desvestirse, arreglarse, comer y beber. Mientras que las AIVD son compras y control de suministros y de servicios sociales; cuidarse de las comidas; limpieza y cuidado de la ropa; limpieza y mantenimiento de la casa.

¹⁵ Art. 2.3 de la LPAP.

¹⁶ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La protección social de las situaciones de dependencia», *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2004, págs. 117 y ss.

¹⁷ Vid. SEMPERE NAVARRO, A., «La incapacidad permanente en el RGSS (Lección para un Manual)», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2005. ROQUETA BUJ, R., *La incapacidad permanente*, CES, Madrid, 2000. MARTÍN PUEBLA, E., *La protección social de la incapacidad permanente para el trabajo*, Comares, Granada, 2002.

¹⁸ En relación con las previsiones en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, véase BLASCO LAHOZ, J., «El procedimiento para la determinación del grado de minusvalía o enfermedad crónica», *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social. CEF*, núm. 214, 2001.

¹⁹ Art. 26.1 de la LPAP.

El presente estudio se centra en analizar, por una parte, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar. Por otra, la Seguridad Social de cuidadores no profesionales. Prestación que nace en la LPAP, por lo que se estudiará el artículo 18, así como las normas afines a los cuidados. En el que se adelanta que el legislador ha señalado que de manera excepcional, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención (PIA), se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares.

II. PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR

De manera excepcional, como y se ha adelantado, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se produzcan las condiciones de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo recomiende su PIA, se puede reconocer una prestación económica para cuidados familiares. Las condiciones de acceso serán acordadas por el Consejo Territorial del SAAD en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica. Empero, el cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. Asimismo, el Consejo Territorial promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso²⁰.

En relación a esta última, la Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia²¹, establece las condiciones de acceso a la prestación:

- a) Exigencia de estar recibiendo atención. La persona beneficiaria debe estar siendo atendida mediante cuidados en el entorno familiar, con carácter previo a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia, para que le pueda ser reconocida esta modalidad de prestación.
- b) Idoneidad de la persona cuidadora. En este sentido, con el objeto de garantizar la atención y cuidado que la persona en situación de dependencia necesite, la persona cuidadora debe reunir los siguientes requisitos:
 - 1) Ser familiar hasta el tercer grado. La atención y cuidados que preste el cuidador no profesional a la persona beneficiaria debe desarrollarse en el marco de la relación familiar y, en ningún caso, en el de una relación contractual laboral o de otra índole. A tal efecto, se entiende como situaciones asimiladas a la relación familiar, las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento.
 - 2) Contar con la capacidad física y psíquica suficiente para desarrollar adecuadamente por sí misma las funciones del cuidado y apoyo, que básicamente se refieren a proporcionar ayuda a otra persona en las actividades básicas de la vida diaria; es decir, a las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como el cuidado personal, actividades domésticas básicas, movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas. Como criterio general, una persona valorada en situación de dependencia o de edad avanzada no debe ser la cuidadora principal de otra persona en situación de dependencia, salvo que existan apoyos complementarios. La garantía de unos cuidados adecuados conlleva también la protección de la salud de la persona cuidadora, por lo que en la

²⁰ Art. 18 de la LPAP.

²¹ BOE núm. 62, de 12 de marzo de 2010.

determinación de su idoneidad se tendrán en cuenta las dificultades de la realización de las tareas de cuidado, así como los apoyos con los que pudiera contar en el ejercicio de esta función.

- 3) Contar con tiempo de dedicación suficiente, la persona cuidadora, para atender a la persona beneficiaria en aquellas situaciones en que necesita ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria.
- c) Persona cuidadora principal y otras personas cuidadoras. La concesión de la prestación debe conllevar la designación de una persona cuidadora principal, que deberá asumir la responsabilidad del cuidado, aunque en el ejercicio de las funciones de cuidado pueda estar apoyada por otras personas. La continuidad en los cuidados prestados por una misma persona cuidadora redundará en la calidad de los mismos, por lo que la persona cuidadora debe tener disponibilidad para prestar el cuidado y atención de forma adecuada y continuada durante un periodo mínimo de un año, excepto que por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no pueda completar este período. De manera excepcional, en el caso de varias personas cuidadoras que se sucedan de forma rotatoria, con cambio o no de domicilio de la persona en situación de dependencia, se determinarán claramente los periodos de tiempo que corresponden a cada una de ellas dentro del periodo del año natural, sin que pueda establecerse para cada una de las mismas un periodo continuado inferior a tres meses.
 - d) Condiciones adecuadas de habitabilidad de la vivienda. La prestación de cuidados en el domicilio requiere de unas exigencias mínimas de habitabilidad de la vivienda, entre las que se valorará la accesibilidad suficiente que permita el ejercicio de las funciones de cuidado personal.
 - e) Condiciones adecuadas de convivencia. La convivencia en el mismo domicilio constituye un elemento referencial de condición adecuada. Asimismo, lo será la proximidad física de los respectivos domicilios en la medida en que permita dispensar una atención pronta y adecuada a la persona en situación de dependencia. En el informe que se elabore por los servicios sociales correspondientes en el marco del PIA, debe quedar constancia de que se dan las adecuadas condiciones de convivencia y relación.
 - f) Personas cuidadoras no familiares del entorno. Las personas cuidadoras no familiares del entorno tienen el carácter de excepcionalidad dentro de esta prestación. Por consiguiente, en el supuesto que se proponga como persona cuidadora no profesional a la persona cuidadora no familiar, en el expediente quedará constancia de la circunstancia excepcional concurrente: 1) Insuficiencia de recursos asistenciales públicos o privados, 2) Despoblación, 3) Circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención. La persona cuidadora no familiar no podrá tener la consideración de empleada o empleado del hogar en el domicilio de la persona beneficiaria, ni la atención y cuidados podrán desarrollarse en el marco de cualquier otra relación contractual laboral o de otra índole.

Además de las mencionadas prestaciones, la LPAP señala en la disposición adicional tercera que tanto la Administración General del Estado como el correspondiente Ente público territorial podrán establecer acuerdos específicos para la concesión de ayudas económicas con el propósito de facilitar la autonomía personal. Las ayudas se otorgarán como subvención e irán destinadas, primordialmente, a apoyar a la persona con ayudas técnicas o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de su vida ordinaria y a facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar que contribuyan a mejorar su capacidad de desplazamiento en la vivienda.

Estas ayudas, a su vez, se basan en la disposición adicional decimoquinta al prever que las Administraciones Públicas, conforme al ámbito de sus propias competencias, garantizarán las condiciones de accesibilidad en los entornos, procesos y procedimientos del SAAD en los términos señalados en Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto

Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social²². Sin embargo, se han dado voces al manifestar que las ayudas económicas familiares no garantizan la calidad de los cuidados, ni siquiera que las cantidades entregadas se dediquen a la finalidad, así como que las mismas suelen destinarse de forma mayoritaria a las mujeres cuidadoras²³; lo que dificulta su acceso o permanencia en el mundo del trabajo²⁴.

En este sentido, la disposición adicional sexta de la LPAP adiciona un nuevo apartado al artículo 7 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo²⁵, declarando como renta exenta la prestación económica vinculada al servicio, la prestación económica para cuidados familiares y la prestación económica por asistencia al apoyo a la autonomía personal²⁶. Hay que recordar que las connotaciones de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio²⁷ deben entenderse realizadas a esta última Ley, con las excepciones, claro está, de las señaladas en la disposición final primera de la LPAP, que queda derogado por ella misma. Dicho en otras palabras, el párrafo x) del artículo 7 de la ley tributaria declara exentas de imposición a las prestaciones económicas públicas relacionadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada, que se derivan de la propia LPAP.

La dependencia o la discapacidad es tenida en cuenta en las reducciones de los rendimientos de trabajo²⁸, deducciones por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad²⁹, reducciones por aportaciones a patrimonio protegidos de las personas con discapacidad³⁰, al igual que en la determinación de los mínimos que reducen la cuantía de la base imponible del impuesto³¹. Asimismo, agrupa las previsiones específicas sobre los sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad³². De igual manera, prevé reglas más beneficiosas sobre disposición de bienes que conforman el patrimonio personal para asistir las necesidades económicas de la vejez y de la dependencia, dado que no tiene la consideración de renta las cantidades percibidas como consecuencia de las disposiciones que se hagan de la vivienda habitual por parte de las personas mayores de 65 años y de las personas que se encuentren

²² BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

²³ *Vid.* RAMIRO COLLAR, P., “Cuidadoras informales”, en AA.VV. (Ed. PÉREZ BUENO, L. y MORAL ORTEGA, O.), *Las Dimensiones de la Autonomía Personal Perspectivas sobre la Ley 39/2006*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, págs. 151-163.

²⁴ SANCHO CASTIELLO, M., “Las prestaciones sociales a la dependencia: situación y necesidades”, *Documentación Social*, núm. 141, 2006, pág. 104.

²⁵ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2004.

²⁶ La doctrina coincide en considerar que el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es la figura más relevante a la hora de afrontar la discriminación positiva de la discapacidad en el ámbito tributario. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. y RUIZ HIDALGO, C., *La protección de las personas discapacitadas a través del ordenamiento tributario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág. 27. SANZ DÍAZ-PALACIOS, J., “La fiscalidad de los trabajadores discapacitados”, *Trabajo y protección social del discapacitado*, Editorial Bomarzo, Madrid, 2003, pág. 244. MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *Las situaciones de discapacidad en el sistema tributario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, pág. 42.

²⁷ BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006.

²⁸ Art. 51 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

²⁹ Art. 53 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

³⁰ Art. 54 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

³¹ Arts. 59 y 60 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

³² Un estudio de la Tributación estatal y local de las personas con discapacidad, en ALONSO OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Fermi y Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 169-450.

en situación de dependencia severa o de gran dependencia; y, los incrementos de los límites establecidos con carácter general en lo que se refiere a las aportaciones a patrimonios protegidos³³.

Finalmente, el artículo 36 de la LPAP dispone que los poderes públicos determinaran las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las funciones que correspondan con el Catálogo de servicios, al fomentar la colaboración entre los diferentes Entes públicos territoriales competentes en el ámbito laboral, educativo, sanitario y asuntos sociales. Así como la innovación en todos los aspectos relacionados con la calidad de vida y la atención de las personas en situación de dependencia, y la investigación en las áreas relacionadas con la dependencia en los planes de I+D+I. De igual manera, facilitarán y apoyarán el desarrollo de normativa técnica, que aseguren la no discriminación en procesos, diseños y desarrollos de tecnologías, productos y servicios en colaboración con las organizaciones de normalización y demás agentes.

III. CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS

La cuantía de las prestaciones económicas se acordará por el Consejo Territorial del SAAD para su aprobación posterior por el Gobierno mediante Real Decreto, de la cual se establecerá para cada una de las prestaciones un importe mínimo y uno máximo. En relación a las prestaciones económicas dirigidas a cuidados familiares sería deseable que se moderara su importe a fin que estas ayudas no funcionen como un incentivo para que el cuidador abandone el mercado de trabajo, con el propósito de dedicarse por completo a cuidar a la persona en situación de dependencia³⁴.

Las prestaciones económicas tendrán que venir determinada por el grado y nivel de dependencia, así como a igual grado y nivel de la capacidad económica del solicitante. De manera que debe considerarse la capacidad económica del beneficiario para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas³⁵. Dicho en otros términos, debe protegerse más a la persona en situación de dependencia que más lo necesite. En este sentido, se publica el Real Decreto 1082/2017, de 29 de diciembre, por el que se determina el nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia³⁶, en su único anexo señala la expresión cuantificada de los niveles de protección del SAAD en los términos que se señalan en la Tabla 1.

Tabla 1
Expresión cuantificada (en Euros) de los niveles de protección del SAAD 2011

Grado y nivel	Mínimo de protección garantizado €/mes
Grado III Gran Dependencia	190,13
Grado II Dependencia Severa	84,49
Grado I Dependencia Moderada	47,38

Fuente: Real Decreto 1082/2017, de 29 de diciembre, por el que se determina el nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

En relación a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla la Administración General del Estado asumirá las funciones de planificación, ordenación, dirección y gestión del SAAD, al igual que la financiación correspondiente al nivel mínimo de protección. Asimismo, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales suscribirá con aquéllas acuerdos sobre centros y servicios del SAAD, colaboración en la gestión y financiación de los mismos. No obstante, dichas Ciudades podrán contribuir con la Administración General del Estado en la definición, financiación y gestión de un nivel de protección adicional.

³³ Disposiciones adicionales 10ª, 15ª y 18ª de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

³⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F., "Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", *Aranzadi Social*, núm. 13, 2006, pág. 43.

³⁵ Art. 33.2 de la LPAP.

³⁶ BOE núm. 317, de 30 de diciembre de 2017.

Los requisitos y condiciones de acceso a las prestaciones económicas se establecerán por las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en el acuerdo adoptado por el Consejo Territorial del SAAD. La cuantía de las prestaciones económicas del SAAD, según el Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia³⁷, será objeto de actualización anual por el Gobierno mediante real decreto, previo acuerdo del Consejo Territorial, para los grados y niveles con derecho a prestaciones³⁸.

En los supuestos en que el beneficiario sea titular de cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en otro régimen público de protección social, del importe a reconocer se deducirán cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social. En particular, se deducirán las prestaciones previstas en el artículo 31 de la LPAP³⁹; es decir, en cuanto a las prestaciones de análoga naturaleza y finalidad, en particular, se deducirán el complemento de gran invalidez.

La doctrina es del criterio que no existe ninguna previsión legal de incompatibilidad, ni de deducción para los supuestos de concurrencia de alguna de las prestaciones de Seguridad Social, como por ejemplo la de gran invalidez y las prestaciones de servicios reconocidas a la persona en situación de dependencia en función de su grado y nivel de dependencia⁴⁰. Paralelamente, la LPAP no recoge mención alguna a la incidencia de las prestaciones de dependencia de las que pueda ser beneficiario esta persona en el régimen de acceso y cuantía de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social.

En este sentido, habría que considerar que las prestaciones del SAAD lucradas por esta persona habrían de ser computables como ingresos en orden al cumplimiento del requisito del límite de recursos del beneficiario, establecido para el acceso a las pensiones del nivel no contributivo de la Seguridad Social. En el supuesto de no sobrepasarse deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 364 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁴¹; es decir, al mecanismo de cálculo de cuantía de dichas pensiones, en virtud del cual el importe de las prestaciones de dependencia desarrollarían el montante de ingresos anuales que excediendo del 25 % de la pensión inicial se deducirían de la cuantía inicial de ésta.

IV. TRASLADO DEL BENEFICIARIO ENTRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El beneficiario que tome la decisión de trasladar su residencia fuera de la Comunidad Autónoma (CC AA) o de las Ciudades de Ceuta y Melilla, y aquel Ente público territorial le haya reconocido el servicio o abonado la prestación económica estará obligado a comunicarlo con antelación suficiente. Asimismo, la CC AA de origen deberá ponerlo en conocimiento a la de destino. En el supuesto en que el beneficiario traslade su domicilio de forma permanente al territorio de otra Comunidad, y con

³⁷ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2013.

³⁸ Art. 13 del Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la LPAP.

³⁹ Art. 14 del Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la LPAP.

⁴⁰ Desde esta óptica pueden plantearse dos hipótesis: a) Que a falta de norma específica, la persona en situación de dependencia podría ser beneficiaria, simultáneamente, de ambas prestaciones: la monetaria de Seguridad Social, externa al SAAD, y la de servicios del nuevo sistema, b) A falta de previsión legal *ad hoc*, en el seno del Consejo Territorial del SAAD se acuerden criterios de incompatibilidad o concurrencia entre prestaciones económicas y servicios, a implementar después reglamentariamente por el Gobierno, siempre que se entienda que ello tuviera cabida en su competencia de determinación del régimen de compatibilidad entre servicios del Catálogo, ésta sí prevista expresamente en el art. 10.3 LPAP. GONZÁLEZ DE PATTO, R., "Protección de la dependencia en el sistema de Seguridad Social. Carencias funcionales y problemas de interacción con las nuevas prestaciones del sistema de autonomía y atención a la dependencia", *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2007, págs. 1682-1696.

⁴¹ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

el fin de dar continuidad a la acción protectora, la Administración de destino deberá revisar el PIA en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha en que tenga conocimiento de dicho traslado. Por tanto, la Administración de origen mantendrá, durante dicho plazo, el abono de las prestaciones económicas reconocidas y suspenderá el derecho a la prestación cuando se trate de un servicio sustituyéndolas por la prestación vinculada al servicio.

A las personas en situación de dependencia que se encuentren temporalmente desplazadas de su residencia habitual dentro del territorio español, mantendrán el derecho y reserva del servicio, así como la obligación de abonar la participación en el coste del mismo, o continuarán, en su caso, percibiendo la prestación económica durante un tiempo máximo de 90 días al año con cargo a la Administración competente que le haya fijado el PIA.

V. SEGURIDAD SOCIAL DE LOS CUIDADORES DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

El artículo 18.3 de la LPAP regula la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, al establecer que el cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. Asimismo, la disposición adicional cuarta establece que el Gobierno determinará la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el régimen que les correspondan, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización. El ordenamiento vigente de la Seguridad Social a través del artículo 166 de la LGSS facilita el acogimiento de los cuidadores no profesionales para acceder a la protección del sistema de la Seguridad Social, en tanto se perciba la prestación económica regulada en la LPAP.

En este sentido, el Real Decreto 615/2007, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, dispone que a los efectos de lo previsto en los artículos 2.5, 14.4 y 18 de la LPAP, tendrán la consideración de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, aquellos que sean designados como tales en el PIA y cumplan los requisitos establecidos en el artículo 12 del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la LPAP; es decir, a los requisitos y condiciones de acceso a las prestaciones económicas que establezcan las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso tenga la competencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en el acuerdo adoptado por el Consejo Territorial del SAAD. En suma, podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco.

En el supuesto que la persona en situación de dependencia reconocida, tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, incluida la atención mediante servicios a través de la prestación vinculada, la Administración competente podrá, de manera excepcional, permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco señalado en el apartado anterior, resida en el municipio de la persona en situación de dependencia o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud.

Sin embargo, cuando la persona tuviera reconocida la situación de dependencia en grado III o II será necesaria la convivencia con la persona de su entorno, dada la necesidad de atención permanente y apoyo indispensable y continuo que se requiere. En el caso que la persona tuviera reconocida la situación de dependencia en grado I, el entorno al que se refiere este apartado, habrá de tener además la consideración de rural y no será necesaria la convivencia en el domicilio de la persona dependiente.

De manera taxativa, además de las anteriores exigencias, deberán cumplirse las siguientes condiciones de acceso a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y los requisitos de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia:

- a) Que la persona beneficiaria esté siendo atendida mediante cuidados en el entorno familiar, con carácter previo a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia no sea posible el reconocimiento de un servicio debido a la inexistencia de recursos públicos o privados acreditados.
- b) Que la persona cuidadora cuente con la capacidad física, mental e intelectual suficiente para desarrollar adecuadamente por sí misma las funciones de atención y cuidado, así como que no tenga reconocida la situación de dependencia.
- c) Que la persona cuidadora asuma formalmente los compromisos necesarios para la atención y cuidado de la persona en situación de dependencia.
- d) Que la persona cuidadora realice las acciones formativas que se le propongan, siempre que sean compatibles con el cuidado de la personas en situación de dependencia.
- e) Que la persona cuidadora facilite el acceso de los servicios sociales de las Administraciones públicas competentes, a la vivienda de la persona en situación de dependencia con el fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos o variación de las circunstancias, previo consentimiento de la persona beneficiaria.

En el supuesto de que la persona en situación de dependencia reconocida en grado I viniera recibiendo un servicio de los previstos para su grado de dependencia, en la resolución de concesión de prestaciones se ha de mantener al menos el mismo servicio u otro servicio con la misma intensidad. En el caso de que dicho servicio sea incompatible con la prestación económica de cuidados en el entorno, no se concederá ésta.

La CC AA o Administración competente revisará el cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación y de las obligaciones exigidas, a fin de comprobar que no se produzca una variación de cualquiera de los mismos, y controlarán el seguimiento de los cuidados en el entorno familiar, con la finalidad de comprobar la idoneidad y calidad de atención de los mismos, pudiendo en su caso, resolver la suspensión o extinción de la prestación.

Los sujetos que cumplan con los anteriores requisitos quedarán incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación de asimilada al alta, a través de la suscripción del convenio especial reglado en el Real Decreto 615/2007, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, el cual no precisará de la acreditación de periodo de cotización previo. Las únicas excepciones para que no se incluya en el Régimen es que el cuidador no profesional siga realizando o inicie una actividad profesional por la que deba quedar incluido en el sistema de la Seguridad Social, o el hecho que el cuidador se encuentre percibiendo la prestación de desempleo, o tenga la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente, o un pensionista de viudedad o a favor de familiares cuando tenga 65 o más años. Asimismo, no existirá la obligación de suscripción del convenio especial por los periodos en que el cuidador no profesional esté disfrutando de los periodos de excedencia laboral en razón de cuidado de familiares, que tengan la consideración de periodos de cotización efectiva, de acuerdo con lo señalado en el artículo 237 de la LGSS.

La situación de asimilación al alta en esta categoría será a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza. En relación a la cotización, la base mensual del convenio especial será el tope mínimo que, en cada momento, esté establecido en el Régimen General de la Seguridad Social⁴². En los supuestos en que los cuidados a la persona en

⁴² En relación al acceso y cálculo de las prestaciones en los supuestos de cuidados no profesionales a tiempo parcial, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia: «En los supuestos previstos en (...)»

situación de dependencia no alcancen la dedicación completa, la base de cotización indicada se reducirá proporcionalmente, sin que la base de cotización pueda ser inferior al 50 % del tope mínimo establecido en el Régimen General. Cuando a la persona en situación de dependencia tuviera reconocido el grado I, dependencia moderada, se entenderá que, dadas las características de la atención prestada por estos cuidadores no profesionales, la base mensual de cotización en el correspondiente convenio especial será el 50 % del tope mínimo establecido en el Régimen General de la Seguridad Social⁴³. En el caso que la persona que desempeñe las funciones de cuidador no profesional haya interrumpido una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, por la que hubiera estado incluido en el sistema de la Seguridad Social, a fin de dedicarse a la atención de la persona en situación de dependencia, podrá mantener la base de cotización del último ejercicio en dicha actividad siempre que resulte superior al tope mínimo del Régimen General⁴⁴.

En los supuestos que, como consecuencia de la realización de los cuidados no profesionales, el cuidador deba reducir su jornada de trabajo y la correspondiente retribución, en los términos previstos en la legislación laboral o de función pública que sea de aplicación, el convenio especial se aplicará en orden al mantenimiento de la base de cotización que no podrá ser superior a la base por la que se venía cotizando antes de reducir la jornada y la correspondiente retribución, como consecuencia de la atención al familiar en situación de dependencia. De superarse el límite indicado se procederá a reducir la base de cotización aplicable en el convenio especial. A efectos de la financiación total o parcial de las acciones formativas previstas en el artículo 18.4 de la LPAP, se cotizará por formación profesional en una cuantía equivalente al 0,2 % aplicable a la base de cotización del último ejercicio⁴⁵.

Las cuotas a la Seguridad Social y por Formación Profesional establecidas cada año en función de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, serán abonadas conjunta y directamente por el IMSERSO a la Tesorería General de la Seguridad Social⁴⁶.

Hay que recordar que más del 66 % de las personas en situación de dependencia son apoyadas por miembros de su familia en la realización de sus cuidados; sin embargo, ya se comienza a ver en nuestra sociedad que los principales cuidadores de estas personas que requieren cuidados permanentes son los delegados por los empleados de hogar. En este sentido, el grupo de edad del potencial cuidador se sitúa entre los 45 y los 69 años. Según la Encuesta hecha por el IMSERSO arroja que la edad media del cuidador principal es de 52 años. En relación al nivel de estudios y la situación laboral de los cuidadores principales el nivel de enseñanza es muy bajo; es decir, sin estudios o solo el nivel primario. En 1994 el 75 % del total de personas cuidadoras no tenían actividad laboral retribuida (50 % amas de casa, 15 % jubilados, 9,7 % parados), mientras que en el 2004 baja ligeramente al 73 %. Por ello, se refiere a las modalidades de convivencia, persona atendida y persona que le cuida, en el que predominantemente se produce una convivencia de forma permanente donde se experimenta un ascenso en este tipo de convivencia (58 % en 1994 y 60,7 % en 2004; del 36 % de personas mayores que viven con hijos o hijas, esta proporción registra un diferencial relevante por razón de género 23 % varones y 41 % mujeres); este porcentaje se invierte

el segundo y tercer párrafo del artículo 4.1 para el acceso y cálculo de las correspondientes prestaciones económicas se aplicarán las reglas previstas en los casos de contratos a tiempo parcial».

⁴³ Redacción dada por el artículo 2 del Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la LPAP, y el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

⁴⁴ La base podrá actualizarse en los mismos términos que el tope mínimo citado.

⁴⁵ La cotización a la Seguridad Social, así como la correspondiente a las acciones formativas a que se refiere el apartado anterior, será asumida directamente por convenio con la Tesorería General de la Seguridad Social por la Administración General del Estado. *Ver* Art. 4.5 del Real Decreto 615/2007, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

⁴⁶ Disposición adicional cuarta que introduce Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la LPAP y se establecen las prestaciones económicas de la LPAP para el ejercicio 2011.

cuando se trata de quienes viven en pareja (solo el 16 % de las mujeres, frente al 55 % de los varones) Tabla 2.

Tabla 2

Distribución porcentual por género, de los diversos modos de convivencia de las personas con 65 años o más

	Hombres	Mujeres
Ocupado	31,9	24,9
Jubilado/pensionista	53,7	13,7
Parado habiendo trabajado	8,9	6,6
Parado buscando 1º empleo	0,0	0,4
Tareas del hogar	3,6	52,1
Estudiante	0,8	1,5
Ns/Nc	1,1	0,8

Fuente: IMSERSO julio/2004.

VI. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y la Seguridad Social de cuidadores no profesionales se obtienen las siguientes conclusiones:

- a) De manera excepcional, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención (PIA), se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares.
- b) Las ayudas económicas familiares no garantizan la calidad de los cuidados, ni siquiera que las cantidades entregadas se dediquen a la finalidad, así como que las mismas suelen destinarse de forma mayoritaria a las mujeres cuidadoras; lo que dificulta su acceso o permanencia en el mundo del trabajo.
- c) En cuanto a las prestaciones económicas dirigidas a cuidados familiares sería deseable que se moderara su importe a fin que estas ayudas no funcionen como un incentivo para que el cuidador abandone el mercado de trabajo, con el propósito de dedicarse por completo a cuidar a la persona en situación de dependencia.
- d) El legislador debe protegerse más a la persona en situación de dependencia que más lo necesite.
- e) No existe ninguna previsión legal de incompatibilidad, ni de deducción para los supuestos de concurrencia de alguna de las prestaciones de Seguridad Social, como por ejemplo la de gran invalidez y las prestaciones de servicios reconocidas a la persona en situación de dependencia en función de su grado y nivel de dependencia.
- f) Más del 66 % de las personas en situación de dependencia son apoyadas por miembros de su familia en la realización de sus cuidados; sin embargo, ya se comienza a ver en nuestra sociedad que los principales cuidadores de estas personas que requieren cuidados permanentes son los delegados por los empleados de hogar.

CAPÍTULO XII. LA EVALUACIÓN EN LOS RIESGOS DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA: INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES.

FRANCISCA MORENO ROMERO

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

I. LA CONSTRUCCIÓN DEL MARCO JURIDICO DESDE LA NORMA RECTORA DE NATURALEZA PREVENTIVA: GENERALIDADES Y EXCEPCIONES

1. LA NORMA PREVENTIVA Y LA CONFORMACIÓN ESCALONADA EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS ESTRUCTURALES

Son varias las características que confluyen en el conjunto normativo que tiene como finalidad la protección específica de las trabajadoras en las situaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia. Por un lado, podríamos destacar la interacción y coordinación de determinados grupos de normas procedentes de distintas ramas del ordenamiento laboral, que pretenden constituir un todo armonizado, a modo de puzle, que se identifica como la “red de seguridad”¹. Por otro lado, el conjunto normativo interactúa sobre la base de los criterios de ordenación jerarquizada y de aplicación escalonada en función de los objetivos y de la finalidad de cada bloque normativo.

Como decíamos, cada bloque normativo tiene su identidad propia y cumple una función específica dentro del “todo”. La norma rectora está recogida de forma singular y sin perjuicio de otras referencias, en el artículo 26 de Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL). Las normas de adaptación del contrato de trabajo estas recogidas fundamentalmente en los artículos 45.1.e) y 48.8 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). Finalmente, las normas protectoras desde la órbita de la seguridad social, están contenidas en los artículos 186 y 187 (riesgo durante el embarazo), y 188 y 189 (riesgo durante la lactancia natural) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS), con desarrollo reglamentario en los Capítulos IV y V del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

La norma rectora que ordena la aplicación secuencial o escalonada con criterios jerárquicos, en función de su especialidad, es el artículo 26 de la LPRL, actuando como elemento central la

¹ La apropiada terminología es utilizada por BENAVENTE TORRES, M^a I., *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia. Un análisis propositivo*, Murcia, Edit. Laborum, 2016, pág. 18. También hace referencia a ello, Carmen Sáez Lara en el prólogo del libro.

evaluación de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores a que refiere el artículo 16. El *iter* marcado sería el siguiente:

La evaluación de los riesgos... deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de ... Si los resultados de la evaluación *revelasen un riesgo* para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, *el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo*, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. *Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible* o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, ... *ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado*... En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente... *Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible*, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, *podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato* por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.... *A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo (y riesgo durante la lactancia), se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo* en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26.3 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 (arts. 186 y 188 TRLGSS).

Como ha podido apreciarse la norma preventiva actúa como elemento central de ordenación y coordinación –rectora, la hemos denominado-, cuyos mandatos son recepcionados por el resto de los conjuntos normativos para habilitar y regular su cumplimiento. De esta forma, al ET le corresponde habilitar la suspensión del contrato de trabajo marcada por la LPRL y al TRLGSS le corresponde habilitar un mecanismo protector que recepcione y proteja a la trabajadora ante la imposibilidad de trabajar, como consecuencia derivada. Constatación de lo anterior es que tanto el artículo 48.5 del ET, como los artículos 186 y 187 del TRLGSS realizan una ordenación vinculada y dependiente de la “norma rectora”, al pivotar su regulación con referencia expresa a “... los términos previstos en el artículo 26 (...) de la LPRL”.

La red de seguridad o tutelar descrita, en definitiva, la “triple tutela”², no siempre ha sido completa y armónica. La ordenación trae su origen de la obligada transposición de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). En efecto, a pesar de la identificación de situaciones contenidas en el propio título de la Directiva, hasta la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, no se incorpora en nuestro ordenamiento (reforma de los arts. 26 LPRL, 45.1.d y 48.5 ET y creación del Cap. IV ter en la LGSS.94)³ la protección del riesgo durante el embarazo, dejando fuera la exigida protección durante la lactancia⁴.

² La expresión es utilizada por MORGADO PANADERA, P. “La triple tutela del embarazo y de la lactancia en la normativa laboral y de seguridad social”. *Revista española de Derecho del Trabajo* núm. 144/2009. BIB\2009\1638

³ La incardinación de estos preceptos puede verse en PANIZO ROBLES, JA.: «La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social», *RTSS (CEF)*, núm. 201, 1999,

⁴ Véase al respecto BALLESTER PASTOR, M^a A. «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso». Tirant Lo Blanch. 2000 y M^a A. CASTRO ARGÜELLES. M^a A.: «Protección especial de la trabajadora embarazada y en situación de maternidad y lactancia», en AA VV (J. GARCÍA (...))

Con un retraso desproporcionado e injustificado, la protección por riesgo durante la lactancia natural se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, con el objetivo de mejorar la integración de la vida laboral de la mujer en el ámbito laboral y de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, de acuerdo con lo previsto en la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre.

El conjunto normativo que venimos identificando, tampoco ha sido siempre armónico e incluso ha contenido reglas rupturistas de escasa justificación. A nuestros efectos, la principal ruptura e incoherencia la encontramos en la Ley 39/1999 que incorpora la protección del riesgo durante el embarazo. Así, tras reformar la norma rectora (art. 26 LPRL) – que como vimos marca la naturaleza y el *iter* de la red protectora- y habilitar la suspensión del contrato de trabajo (art.45.1.d) ET), crea como espacio receptor y protector en el ámbito de la LGSS.94 la nueva contingencia de riesgo durante el embarazo, cuya protección se “concederá en los (...) términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común...” (art.135.1 LGSS.94). Sin perjuicio de la carencia de toda lógica, como bien denunció la doctrina, su construcción se asimilaba a la aplicada a la maternidad –utilización de la i.t. por enfermedad común como instrumento de protección⁵- hasta la reforma operada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que procedió a dar identidad propia e independiente a la maternidad. A pesar de las innumerables críticas y propuestas de reforma⁶, la situación se mantuvo hasta la reforma operada por la LO 3/2007⁷, que además de crear la contingencia de riesgo durante la lactancia natural, procedió a calificar ambas situaciones –riesgo durante el embarazo y la lactancia- como contingencias profesionales⁸.

MURCIA, coord.): *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, MTAS, Madrid, 2005, pgs. 207-214.

⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo», *Aranzadi Social*, núm. 21, 2002, BIB 2003/144

⁶ El análisis de la situación previa y su valoración doctrinal, así como la propuesta de reforma que más tarde se reconocieron en la LO 3/2007, en TORTUERO PLAZA, J.L. *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Thomson-Civitas, 2006.

⁷ Un análisis de su impacto, puede verse entre otros en PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: «Maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural como contingencias de seguridad social reguladas por la Ley Orgánica de Igualdad», IL, núm. 12, 2007, págs. 2-33; VICENTE PALACIO, A. «Modificaciones operadas por la Ley Orgánica de igualdad en materia de Seguridad Social: la protección de la maternidad, la gestación y la lactancia y situaciones conexas», *TS*, núms. 200-201, 2007, págs. 9-23.

⁸ El interrogante sobre si la nueva calificación profesional generaba o no la integración de las contingencias en el espacio de garantía del INSS (como Fondo), provocó la previsible conflictividad con pronunciamientos judiciales de diferente justificación y alcance. La unificación de doctrina fue afrontada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 mayo 2014 [R] 2014, 3869] y 10-12-2014 [JUR 2015, 75438] que vinieron a determinar que no procede exigir la responsabilidad subsidiaria del INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, en el caso de insolvencia del empresario responsable, al tratarse de una prestación de naturaleza «preventiva» y no «desiva», cuya cualidad de «profesional» no se predica de la contingencia sino sólo de la prestación. Una valoración crítica de la referida doctrina del TS puede verse en TORTUERO PLAZA, J.L., “Diálogos con la doctrina del tribunal Supremo en materia de Seguridad Social”, *Revista del Consejo General de Graduados Sociales*, núm 33/2016, pág. 52, donde afirma que “Procede ahora distinguir entre el origen del riesgo, la situación protegida y el sistema prestacional. Si bien existe una cierta utilización confusa de la terminología en la LGSS, no parece que aquella permita equívocos inevitables. La prestación, cualquiera que sea su forma –en metálico o en especie-, denominación –subsidio, pensión, prestación- o espacio de cobertura –contributiva o no contributiva-, no tiene, a mi juicio, naturaleza jurídica propia e independiente. La prestación, siempre constituye el mecanismo de protección (...) que deriva de algo, a lo que llamamos “contingencia” o situación protegida. Las prestaciones son por incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad, jubilación. Los elementos conceptuales, la naturaleza jurídica, la identificación y calificación de la situación protegida están en la IT, maternidad, jubilación...etc. y no en la prestación. Cosa distinta es que las prestaciones (o cada prestación) tengan un determinado régimen jurídico, en parte común a todas (base reguladora y porcentaje aplicable) y en parte singular de cada una. Incluso, en el espacio que nos ocupa, la singularidad en su régimen (fórmula de cálculo, requisitos de acceso, cuantía...) viene determinada por la contingencia originaria (riesgo originario), de carácter común o profesional.

Siguiendo la construcción doctrinal referida, lo cierto es que las contingencias de riesgo durante el embarazo y la lactancia, son creadas para habilitar un espacio de protección económica que actúen como receptoras de la suspensión del contrato a que refieren la LPRL y el ET como último nivel de garantía. Ciertamente la función de todo el entramado protector y en todos sus niveles es “evitar la actualización del riesgo”, esto es, que el riesgo existente se convierta en siniestro

2. LA AUSENCIA DE NORMA RECTORA PREVENTIVA Y EL PROTAGONISMO DE LA NORMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Sin perjuicio de la construcción normativa expuesta, las reglas de coordinación y ordenación vinculada a la norma rectora (LPRL, art.26) ofrecen singularidades en colectivos concretos, siendo probablemente el más significativo el integrado por las trabajadoras al servicio del hogar familiar, cuya relación laboral especial (ET, art.2.1.b) está regulada en el del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, que vino a sustituir al Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto.

Las trabajadoras referidas se encuentran excluidas de la Directiva 92/85, puesto que están excepcionadas del concepto de trabajador del artículo 3.a) Directiva Marco (89/391/CEE), que es aplicable en relación con el artículo 2.2 de la Directiva 92/85. Como efecto reflejo están fuera de la aplicación del artículo 3.4 de la Ley 31/ 1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al establecer que “la presente ley tampoco será de aplicación a las relaciones laborales de carácter especial del servicio del hogar familiar”, siendo por tanto inaplicable el artículo 26 (norma rectora) de la LPRL. No obstante lo anterior, “el titular del hogar familiar está obligado a cuidar que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene”. El mandato de la Ley tiene su reflejo en el artículo 7.2 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, que dispone en términos genéricos que “el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico”⁹. La ordenación no ha escapado a la crítica doctrinal, señalando que “una de las deficiencias más relevantes del RD referido es el deficiente tratamiento de los deberes y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales”¹⁰, al resultar los deberes del empleador de absoluta vaguedad y lo contradictorio que resulta con las notas de claridad y concreción”¹¹. Si bien la mejora en la ordenación jurídica es

produciendo un daño en la madre, en el feto o en el lactante. Donde el “riesgo” está en el origen y es el factor determinante de su naturaleza jurídica. Desde esta perspectiva toda la red tutelar es de naturaleza preventiva”.

En todo caso, como afirma de BARCELÓN COBEDO, S., «La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2012, BIB 2012/2777. “la ambivalencia (dimensión preventiva y reparadora o sustitutiva) que caracteriza a la prestación de riesgo durante la lactancia (y también a la de riesgo durante el embarazo) está muy presente en aspectos concretos de su regulación”.

⁹ Aplicado la normativa precedente contenida en el art. 13 del RD 1424/1985, la STSJ de Baleares 1281/2005, de 2-11-2005, afirmaba que: “Tratándose de la relación especial del servicio del hogar familiar la deuda de seguridad no tiene el alcance previsto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3053), de Prevención de Riesgos Laborales, en cuyo art. 3.4 se excluye de su ámbito de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no pudiendo exigirse al cabeza de familia, que emplea en su propio hogar y sin ánimo de lucro, el conjunto de obligaciones establecidas en la mencionada norma para los empresarios en general, ni exigirse la deuda de seguridad con la amplitud que establece dicha normativa. Así, aunque el art.13 del RD 1424/85 obliga al cabeza de familia a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, esta obligación no tiene el alcance previsto en los arts. 14 y 15 LPRL, en los que se ordena al empresario la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud, debiendo preverse incluso las distracciones e imprudencias no temerarias del trabajador”.

¹⁰ Para la ordenación actual pueden verse entre otros los trabajos de LLANO SANCHEZ, M. “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”, en *Actualidad Laboral* número 6/2012 y DESDENTADO DAROCA, E. “Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España”, *Investigaciones Feministas*, Vol. 7, núm. 1 (2016, págs.. 129-148. <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/viewFile/52060/48750>; PANIZO ROBLES, J A. “La Seguridad Social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un sistema especial en la estructura del sistema de la Seguridad Social”, *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, núm. 346,2011 .*op.cit.* ; MIÑARO YANINI M. *El trabajo al servicio del hogar familiar...op. cit.*; RUANO ALBERTOS, S. *El Régimen Jurídico de los empleados de hogar* .Atelier Libros Jurídicos, colección Atelier Laboral 2013; BARCELÓ COBEDO,S. “La relación laboral del servicio del hogar familiar tras el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre. Con una breve aclaración sobre la protección social”, *Aranzadi Social*, n° 1, 2012, págs. 43 y 44. (BIB 2012, 512); LOPEZ GANDIA J. y TOSCANI GIMENEZ, D. *El nuevo régimen laboral y de la Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Albacete, edit. BOMARZO, 2012.

¹¹ MIÑARRO YANINI, M. *El trabajo al servicio del hogar familiar...op. cit.*, pag.41

notable, la singularidad de los términos y espacios -exclusivos y excluyentes- en que se produce la prestación de servicios, no termina de encontrar una fórmula de garantía adecuada y proporcional.

Por otro lado y en la medida en que normalmente la actividad de la empleada se desarrolla en el hogar familiar del titular, el artículo 13 de Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece que entre las facultades de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en su condición de autoridad pública y para el desempeño de sus competencias, está "...entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo". Pero al mismo tiempo advierte que "...si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial", en armonía con la inviolabilidad del domicilio reconocida en el artículo 18.2 CE.

No cabe duda de que la actividad laboral de la empleada en el hogar constituye un factor de riesgo generador de siniestralidad¹² e igualmente es merecedora de una adecuada política de seguridad y salud en el trabajo¹³, no siendo causas suficientes para su minimización las singularidades del empleador y del lugar de ejecución¹⁴ como bien advierte la OIT¹⁵.

Centrada la situación del colectivo de empleadas del hogar familiar, veamos ahora cómo se construye el conjunto normativo sin norma rectora -art.26 LPRL- aplicable.

A pesar de que las empleadas están expulsadas de la aplicación de la Directiva y de la LPRL, como vimos, desde la implantación del riesgo durante el embarazo (L39/1999) quedaron protegidas ante tal situación. Así, el artículo 16 de la Ley 39/1999, que modifica el apartado tercero de la disposición adicional 8ª de la LGSS.94, establece que "lo previsto en los artículos 134, 135 (riesgo durante el embarazo...) será aplicable, en su caso, a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales". Como norma de desarrollo en esta materia el artículo 16 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, procede a una construcción singular. Como no podía ser de otra forma el precepto se sitúa en los parámetros universales referidos a los trabajadores por cuenta ajena (integrados en la Directiva y en la LPRL) al establecer que "a los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el período de suspensión del contrato de trabajo en los términos previstos en el art. 26.3 LPRL...", añadiendo por derivación obligada que "serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo...". Dando un salto copernicano y sin mayor

¹² Véase al respecto los sucesivos informes DADO (Detección de Accidentes Domésticos y de Ocio), elaborado por el Instituto Nacional de Consumo.

¹³ MORENO MARQUEZ, A, *Los sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 145 a 149.

¹⁴ Por ello, se señalaba que la desprotección de las personas que prestaban servicios en el hogar familiar era debida, de una parte, al mantenimiento de un sistema de cobertura de los riesgos sociales que había perdido su razón de ser, y, de otra, a las dificultades existentes en el control sobre el cumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social (al desarrollarse los servicios en un ámbito -el hogar familiar- sobre los que operan los derechos constitucionales de intimidad personal y familiar y de inviolabilidad del domicilio), con las dificultades para garantizar que la cobertura social fuese efectiva. Vid. SELMA PENALVA, A. "La reforma del régimen especial..." *op. cit.* El mismo autor se ha referido, en un trabajo posterior, "...a las dificultades que pueden tener los órganos del Estado para comprobar la efectividad de unos servicios que se prestan dentro de domicilios particulares y, frente a esas dificultades, las posibilidades de fraude y de mantenimiento o incluso proliferación de situaciones de economía sumergida (al respecto, véase, por ejemplo: SELMA PENALVA, A.: «Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas», *Actualidad Laboral*, nº 2, 2012, págs. 160 y 161).

¹⁵ A este respecto ver Convenio OIT 189 de 2011 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos, así como el Informe IV Trabajo decente para los trabajadores domésticos. Conferencia internacional del Trabajo, 99ª reunión 2010. Su contenido y análisis en los términos del texto es utilizado acertadamente como instrumento de integración por RUANO ALBERTOS, S., *El régimen jurídico de los empleados de hogar...op.cit.*, págs.,93-94. Igualmente, como bien subraya RUANO, la Recomendación número 201 de la OIT, señala la posibilidad de considerar las condiciones a establecer por los Ministros bajo las cuales los inspectores estarían autorizados a entrar en los lugares en los que se realice el trabajo, con la finalidad de velar por el cumplimiento de las disposiciones aplicables al trabajo doméstico, pero siempre con el debido respeto a la privacidad del hogar, *op. cit.* pág. 129.

explicación, el precepto añade en párrafo separado que “en los mismos términos, serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo”¹⁶.

La misma construcción la encontramos hoy en el conjunto de normas ordenadoras del riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. En efecto, la inaplicación de la norma rectora y los términos genéricos y ambiguos recogidos en el artículo 3.4 de la LPRL (el titular del hogar familiar está obligado a cuidar que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene) y en el artículo 7.2 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, (el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud...) hacen inviable la construcción de una norma rectora en el espacio preventivo.

Tampoco de forma expresa las situaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural aparecen como causa de suspensión del contrato de trabajo –como vimos, efecto derivado en la aplicación escalonada del art.26 LPRL y necesario para la entrada en juego de las normas protectora del TRLGSS- en la norma reguladora de la relación laboral de carácter especial (RD 1620/2011), siendo aplicable con carácter supletorio los artículos 45.1.e) y 48.8 ET, conforme la regla del artículo 3.b del RD.

La única regulación expresa sobre la materia donde se identifica al colectivo de trabajadoras al servicio del hogar familiar es la norma protectora de seguridad social, que como vimos, con carácter general es la norma que actúa en el último escalón¹⁷, esto es, recepcionando a las trabajadoras que ven suspendido su contrato como alternativa final ante la imposibilidad de aplicación de otras medidas preventivas. De este modo, incorporado el viejo régimen especial al régimen general a través del Sistema especial, con la singularidad previstas en el artículo 251 del TRLGSS, la norma singular de protección es la prevista en los artículos 31 y ss. del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. La ordenación diferencia los supuestos de trabajo para un hogar familiar, entre que lo sea para un hogar con carácter exclusivo (arts. 32 y ss.) o para varios hogares (art. 41 y ss.).

En este orden los términos se invierten y la norma protectora de seguridad social se convierte en norma rectora. No obstante, y como veremos, esta singularidad tiene mayor alcance.

II. EL RIESGO DURANTE LA LACTANCIA: COMPLEJIDAD *VERSUS* CONFLICTIVIDAD

Si como hemos venido diciendo la coordinación de las normas reguladoras (LPRL, ET y TRLGSS) es teóricamente ejemplar y además la norma preventiva actúa como rectora imponiendo una determinada sucesión de actuaciones, resulta sorprendente la conflictividad que existe sobre la materia y resulta aún más sorprendente que la conflictividad se centre con carácter único, salvo error, en el reconocimiento de la contingencia de riesgo durante la lactancia y la concesión de la correspondiente prestación económica. Dicho en otros términos, la abundante doctrina judicial

¹⁶ Este inevitable salto en la ordenación ya fue observado y acoplado por la doctrina en referencia al art. 21.2.c) RD 1251/2001, donde parece facilitarse el acceso a la prestación por riesgo, dado que al no aplicarse el art. 26 LPRL, parece que no resulta exigido el agotamiento de las medidas preventivas preferentes a la suspensión; se requiere tan sólo junto a la certificación médica de riesgo, la declaración del responsable del hogar familiar de inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C, *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de seguridad social*, Aranzadi, 2002; LÓPEZ GANDÍA, J/TOSCANI GIMÉNEZ, D, *El trabajo de los empleados del hogar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma*, <http://construccionyservicios.ccoo.es/comunes/recursos/20/>

¹⁷ Así lo afirma con claridad, en esta línea de discurso con apoyo jurisprudencial BENAVENTE, al referirse a que “Sólo a través de una correcta y sucesiva evaluación de los riesgos específicos podrán conocerse las medidas preventivas a adoptar, teniendo en cuenta que se trata, como dijimos, de una relación jerárquica o escalonada en la que la suspensión y prestación por riesgo es el último remedio preventivo (por todas: STS de 22 de noviembre de 2011, rec 306/2011; 21 marzo 2013, rec. 1563/2012), BENAVENTE TORRES, M^a I. *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia. Un análisis propositivo...op. cit. pág. 64.*

existente no refleja la existencia de controversias en ninguna de las fases previas (adecuación del puesto, traslado, suspensión...), centrándose con carácter exclusivo en el reconocimiento de la contingencia¹⁸ que, como hemos venido afirmando constituye el último eslabón de la cadena protectora.

El conflicto no tiene una causa única, sino más bien constituye el reflejo de una multiplicidad de causas con distinto alcance y justificación. No obstante, es cierto que la casuística y el bien jurídico protegido han desbordado el ámbito de protección inicialmente previsto por la norma.

1. COMPLEJIDAD Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La sucesión jerarquizada de obligaciones impuestas al empresario es relativamente clara, singularizada y ordenada de forma secuencial. Sin embargo, parece que la estructura aplicativa no es tan sencilla, hasta el punto de que la jurisprudencia repite a modo de “mantra” que “...se trata de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma no responde solo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto de trabajo compatible con la situación de la lactante...”¹⁹.

En efecto, la complejidad referida procede de la concatenación de las actuaciones impuestas al empresario.

La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 LRPL deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.

Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turno.

La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición. Una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora. Sólo cuando esa adaptación no resulte posible o la realizada sea insuficiente de forma que las actividades a desarrollar (número 2 del art. 26 LPRL) pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas (...), con el

¹⁸ Así lo advierte BENAVENTE TORRES, M^a I. *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia. Un análisis propositivo...op. cit.*, tras el análisis prácticamente universal de la doctrina judicial existente, afirma “Tras un exhaustivo análisis de los pronunciamientos judiciales de nuestros Tribunales, podemos apreciar que la litigiosidad respecto de las opciones preventivas preferentes de adaptación y movilidad funcional es casi inexistente, centrándose el grueso de ésta en las reclamaciones relacionadas con la suspensión y prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural. Este dato puede ser un síntoma de la infrautilización de aquéllas, quizá en un intento de elusión del cumplimiento de este deber y del gravamen económico y/o organizativo que conlleva. De hecho, son escasas las muestras de sentencias en las que se deniega la prestación por haber desaparecido los riesgos con la adaptación del puesto”, con cita como única muestra de la STSJ de Galicia, núm. 1138/2016, de 25 febrero, rec. 363/2015, que deniega la prestación por lactancia puesto que en este caso ha mediado adaptación, de manera que la ATS es relevada en la manipulación de citostáticos y en los traslados en ambulancia, se le han proporcionado frigoríficos de conservación de la leche materna, y la turnicidad no es un riesgo para la lactancia natural, pág. 106.

¹⁹ STS 17 (3) de marzo de 2011 -rcud. 1864/2010, 1865/2010 y 2448/2010 -, 18 (4) de marzo de 2011 -rcud.1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010 -, 3 de mayo de 2011 -rcud. 2707/2010 -, 21 de septiembre de 2011 -rcud. 2342/2010 -, 22 de noviembre de 2011 -rcud. 306/2011 - y 25 de enero de 2012 -rcud. 4541/2010 -, 24 de abril de 2012 (rcud. 818/11).

informe del médico del Servicio Nacional de Salud (...) deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.

Incluso cuando no existan puestos de trabajo o función compatible, la norma especifica que la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Y sólo cuando todo ello no sea posible, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1.d) ET, tal y como señala el art. 26.3 LPRL, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

A todo lo anterior se añade, como elemento de complejidad, el riguroso planteamiento de los tribunales²⁰, advirtiendo de forma constante que “es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo para determinar su relevancia en relación con la situación de lactancia natural” (STS de 21 de septiembre de 2011, rec. 2342/2010), rechazando al mismo tiempo la validez de “una declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de aquella naturaleza, sin precisión alguna sobre los concretos agentes nocivos detectados efectivamente en el puesto y de los efectos que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante”.

Finalmente, como ha señalado el propio TS, “...la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor²¹, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. Incluso habría que añadir que debe acreditarse que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo” (STS. Pleno 26/06/2018, Recud. 1398/201).

²⁰ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., «La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia», *Aranzadi Social*, núm. 11, 2012, BIB 2012/644.

²¹ En efecto, con arreglo al criterio general establecido en la STS de 1 octubre 2012 (recud. 2373/2011), conociendo de la reclamación formulada por una ATS/DUE adscrita al servicio de urgencias de un Hospital, las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna no son factores de riesgo contemplados en los Anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención (RD 39/1997, de 17 de enero) «por mucho que resulte recomendable no hacer turnos nocturnos ni rotatorios y que los mismos no sobrepasen las 8 horas y que tengan adecuados períodos de descanso, como ciertamente sería deseable, como desiderátum para todos los trabajadores». Esa solución ya fue aplicada en la STS de 23 enero 2012 (recud. 1706/2011), en un procedimiento tramitado a instancia de una camillera, y ha sido seguida en otros litigios promovidos por personal sanitario en las STS de 21 marzo 2013 (recud. 1563/2012) -médico de urgencias hospitalarias-, 24 junio 2013 (recud. 2488/2012) -enfermera en Servicio de Neonatología de un hospital-, y 7 abril y 28 octubre 2014 (rcuds. 1724/2013 y 2542/2013, respectivamente)- ATS/DUE en servicio de urgencias de un centro hospitalario-. Puede verse al respecto el trabajo de BARCELÓN COBEDO, S., «La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2012, BIB 2012/2777.

Sin embargo, también ha declarado el TS que esa pauta general admite una excepción en aquellos supuestos en que la incompatibilidad de la toma directa no se pueda paliar con la extracción de leche y su conservación, en razón del lugar y de las condiciones en que se desarrolla la prestación de servicios, como en el caso de las tripulantes de cabina de aviones (STS de 24 abril, 21 junio y 22 noviembre 2012 -rcuds. 818/2011, 2361/2011, 306/2011 y 1298/2011, respectivamente-).

Como decíamos el conflicto se sitúa siempre en el espacio del reconocimiento de la contingencia de riesgo durante la lactancia²², donde adquiere especial importancia la existencia o inexistencia de la específica²³ valoración de riesgos en los términos del artículo 4.1 de la Directiva 92/85, donde la carga de la prueba de la existencia de dicho riesgo específico, corresponde «en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora a las que va afectar tal importante vicisitud de la relación laboral» y que esa distribución del gravamen probatorio, supone que es a la parte actora quien debe «desvirtuar las causas de denegación de la prestación».(STS de 18 marzo 2011 -rcud. 1863/2010).

La Sentencia de Pleno –con precedente en la STS 03/04/2018, Rcu. 762/2017- referida aborda la aplicación de la doctrina de la STJUE de 19 octubre 2017, Otero Ramos, C-531/15²⁴, incorporando reflexiones que la Sentencia considera apropiadas:

“...el Tribunal de la Unión admite la inversión de la carga de la prueba²⁵ cuando la evaluación de riesgos no se hubiese llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el art. 4.1 de la Directiva 92/85. Dicho precepto impone al empresario el deber de determinar, directamente o por medio de los servicios de prevención, «la naturaleza, el grado y duración de la exposición en las empresa o establecimientos de que se trate, de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 (en periodo de lactancia, para el caso)». Ello exige un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo. De ahí que, cuando los riesgos que presenta un puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia no han sido evaluados con arreglo a lo dispuesto en el citado art. 4 de la Directiva, se priva a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele. Por tanto, no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador. Esa falta en la evaluación del riesgo supone, para el Tribunal de la Unión, un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

²² Es planteamiento común en las sentencias que “...el reconocimiento de la prestación aquí controvertida exige analizar si concurren los requisitos a los cuales la misma se vincula, puesto que la situación protegida -y la correspondiente prestación económica- se da cuando se hace necesaria la suspensión del contrato de trabajo porque no ha sido posible cambiar de puesto de trabajo a la trabajadora...”, siendo la más reciente de 03/04/2018, recud. 762/2017.

²³ La prevalencia del riesgo afecta incluso a las relaciones entre la incapacidad temporal por enfermedad común y el riesgo durante el embarazo, como afirma con claridad la Sentencia del TSJ de Galicia de 29 de febrero de 2012 (AS 2012, 1332) y la doctrina judicial que cita. Sobre los planteamientos de la Sentencia ver, RODRÍGUEZ SANTOS, E., «Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal en los supuestos de embarazos de alto riesgo», *Aranzadi Social*, núm. 8, 2012, BIB 2012/3373.

²⁴ La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

1) El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora en periodo de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente del Estado miembro de que se trate la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo por no haberse llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, 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.

2) El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. En consecuencia, corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.

²⁵ Son de interés los términos que utiliza la Sentencia para operar la inversión de la carga de la prueba: “*En el actual litigio nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge todos aquéllos que concurren en el puesto de la actora; pero que, no obstante, no hace particular mención ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de lactancia de la trabajadora. Ante tal escenario, no cabe sostener que la pretensión de la demanda está huérfana de prueba de la existencia de riesgos específicos. Por el contrario, basta la lectura de la propia evaluación de riesgos -recogida en esencia en el Fundamento anterior- para deducir la concurrencia de circunstancias que, aceptada su incidencia sobre cualquier trabajador, tienen particular repercusión en el caso de la mujer en periodo de lactancia y, frente a tal apreciación que cabe hacer sin necesidad de especiales conocimientos técnicos -así, por ejemplo, respecto del riesgo de contagio por contacto con fluidos humanos diversos-, habrá de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario”.*

Precisamente, la STJUE del Asunto Otero Ramos añade que esta misma distribución del gravamen probatorio habrá que aplicar en relación con la existencia o inexistencia de puesto adaptable, lo que enlaza con lo que razonábamos al principio de este Fundamento: «...debe señalarse que las mismas reglas de prueba se aplican en el marco del artículo 5 de la Directiva 92/85. En particular, en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo, es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente».

Esta aproximación a la distribución de la carga de la prueba resulta acorde con la imprescindible vinculación entre las obligaciones de protección de la seguridad y salud de la trabajadora y el respeto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; y no sólo en el plano del Derecho de la Unión, puesto que resulta también más ajustada al cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 4 y 15 LOIMH, en tanto permite la consecución de la efectividad del principio de igualdad de oportunidades que informa el ordenamiento jurídico español”.

De esa doctrina se desprende que en supuestos en que la evaluación de riesgos no perfile de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultaría contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le negara la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia. Bastará a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales, para que se produzca la inversión de la carga de la prueba.

Sin duda, la aplicación de la referida doctrina va a provocar cambios importantes en las reglas existentes, como por cierto ya refleja la propia Sentencia de Pleno al afirmar que “frente a la justificación de la denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora basada exclusivamente en no considerar el trabajo de la actora una actividad de riesgo, la constatación del listado de riesgos comunes de dicha actividad basta, en un caso como el presente, para sostener que ninguna duda cabe del efecto que algunos de ellos tiene sobre la lactancia materna -recuérdese que se identificaba como riesgo "la exposición a agentes químicos y biológicos"-, “sin que la falta de precisa evaluación de tal eventualidad pueda situar a la trabajadora en una posición de exclusión del acceso a la protección. Criterio seguido por la STS 11/07/2018, recud 396/2017.

2. LA SEGURIDAD SOCIAL ASUME EL COSTE DE LOS INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES EN MATERIA PREVENTIVA

Los términos de la conflictividad existente sobre la materia anuncian también como causa relevante el desplazamiento de los incumplimientos empresariales en materia preventiva, según el *iter* del artículo 26 de la LPRL, al ámbito protector de la contingencia de riesgo durante la lactancia. Ciertamente, como ha afirmado la doctrina, el entramado obligacional es complejo y costoso, desde la perspectiva organizativa y productiva²⁶. En este espacio lo más sencillo es derivar la protección al espacio de la seguridad social²⁷.

²⁶ BENAVENTE TORRES, M^a I. *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia. Un análisis propositivo...op. cit.*, afirma que “la adaptación de las condiciones de trabajo y tiempo del puesto o la movilidad del trabajador, conlleva una carga económica e incluso organizativa para la empresa”, pág. 107

²⁷ A este respecto MORGADO afirma que “El legislador ha utilizado un criterio vago, ambiguo, pues resulta difícil determinar cuál es la razonabilidad exigida por el precepto. Esto permitiría que, en la práctica, el empresario, alegando motivos justificados, pudiera evadirse del mecanismo de la movilidad, situando a la trabajadora en período de suspensión. El fin perseguido consistiría en no abonarle su salario, trasladando al INSS el coste económico de esa situación, pues debería hacer frente a la prestación de Seguridad Social...” MORGADO PANADERA, P. “La triple tutela del embarazo y de la lactancia en la normativa laboral y de seguridad social”, *Revista española de Derecho del Trabajo* núm. 144/2009. BIB\2009\1638, con cita de RIVAS VALLEJO, P. «La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/1999, una reforma técnica», *op. cit.*, pág. 29.

El salto descrito –del incumplimiento total o parcial del *iter* a la petición del reconocimiento de la contingencia- sitúa el conflicto en el último espacio protector de la red, en la medida en que, a los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos... (art. 188 TRLGSS). Y así lo ha venido reiterando la jurisprudencia "...para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 188 y 189 del TRLGSS, han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados" (entre otras, STS de 22 de noviembre de 2011 (rcud. 306/2011).

Los problemas de incumplimiento empresarial no solo son subrayados por la jurisprudencia, sino que además plantea los correspondientes efectos derivados. Así se advierte de forma reiterada que "... medidas que de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar -al margen de la procedencia, en su caso, del anticipo de la prestación- el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas".

Sin perjuicio de la frecuencia de Sentencias donde aparecen estas reflexiones²⁸, lo cierto es que, salvo error, no hay decisiones del TS donde el foco del debate verse sobre la reclamación de la Entidad Gestora o Mutua colaboradora al empresario incumplidor de los costes de la prestación. Posiblemente este planteamiento sea de difícil construcción en el entramado normativo de la seguridad social, sin perjuicio de la propuesta que analizaremos seguidamente.

Existen varios acontecimientos recientes que aconsejan cambios en la ordenación jurídica, que contribuyan a reforzar el cumplimiento por parte del empresario de la red protectora diseñada por el artículo 26 de la LPRL, asegurar la protección de la trabajadora y, al tiempo, situar la protección de la seguridad social en el espacio que realmente corresponde.

La generalización en la aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 19 octubre 2017, Otero Ramos, C-531/15 y seguida por la STS. Pleno 26/06/2018, Rcd. 1398/201, propiciará seguramente un mayor volumen de reconocimiento prestacional, derivado de la inversión de la carga de la prueba. Si bien el planteamiento del TJUE y del TS podría contribuir a una toma en consideración sobre la realización de la *evaluación de riesgos que debe llevarse a cabo con arreglo a lo dispuesto en el art. 4.1 de la Directiva 92/85*, sus efectos planteados en el espacio prestacional generan ciertas dudas sobre el cambio del comportamiento empresarial.

Por otro lado, la anómala y criticada intervención en el proceso de los servicios médicos del INSS o de la Mutua²⁹ –"... y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales (art. 26.2 LPRL)- con vocación de "control"³⁰, posiblemente

²⁸ Los términos referenciales son variados, pero con idéntico sentido, así a modo de ejemplo, STS 21/06/2012, recud. 2361/2011, afirma que, "...nos encontramos ante un supuesto de verdadera inactividad por parte de la empresa que eludió el seguimiento de los pasos prescritos en los conceptos legales que venimos invocando, pero de cuyas consecuencias no puede derivarse perjuicio para la trabajadora. Por ello, con independencia de las acciones que la Mutua pudiera ostentar frente a la empresa..."

²⁹ Entre las críticas pueden citarse las acertadas de BENAVENTE TORRES, M^a I. *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia. Un análisis propositivo.. op. cit.* pág. 108, con cita de LOUSADA AROCHENA, J.F, "La situación de riesgo durante el embarazo y su adecuación al Derecho Comunitario", *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n^o 4, 2000, pág. 18.

³⁰ La siempre presente finalidad de control fue destacada por MORENO GENÉ, J/ROMERO BURILLO, A. M^a, "Maternidad y salud laboral", *op. cit.*, pág. 75; PÉREZ ALONSO, M^a A, "Informe sobre el RD 295/2009, de 6 de marzo (...)

entre en una fase de reajustes. A este respecto es resaltable la valoración realizada en las Conclusiones de la Abogada General³¹ en el asunto C-4/17 presentadas el 26 de abril de 2018 en la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (trabajo nocturno y a turnos/ riesgo sobre la lactancia)³². La valoración realizada es la siguiente:

“No estoy sugiriendo que en el caso de autos haya existido un comportamiento irregular. Sin embargo, un procedimiento en el que la mutua responsable de abonar la prestación solicitada por la trabajadora es también quien decide si la trabajadora puede obtener el certificado médico requerido con arreglo al artículo 7 de la Directiva 92/85 adolece de un vicio intrínseco. La mutua se halla en una posición en la que existe un claro conflicto de intereses”.

La afirmación es un “aviso para navegantes” que posiblemente tenga sus consecuencias en un futuro no muy lejano.

3. LA NECESARIA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO ESPACIO DE EQUILIBRIO ENTRE OBLIGACIONES E INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES EN MATERIA PREVENTIVA: PROPUESTA DE REFORMA

Como hemos venido afirmando son múltiples los factores que convergen en el espacio de la conflictividad existente en el reconocimiento de la contingencia de riesgo durante la lactancia y la concesión de la correspondiente prestación económica. Desde la complejidad de la estructura protectora, pasando por los múltiples espacios de impacto entre la actividad laboral en sentido global y el bien jurídico protegido, hasta la mera tendencia de propiciar el salto desde el incumplimiento total o parcial de los primeros eslabones de la cadena protectora al espacio final de la cobertura por

en materia de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia para trabajadores por cuenta ajena”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 3/2009 parte Estudio, BIB 2009\490, pág. 18.

³¹ “Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (que se recogen en la cita siguiente) del siguiente modo:

«- Una trabajadora que trabaja a turnos y desarrolla parte de su actividad en horario nocturno puede estar incluida en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, siempre que presente un certificado médico que declare que es necesario adoptar medidas a fin de evitar riesgos para su seguridad o salud, con arreglo al artículo 7, apartado 2, de esta Directiva. Incumbe al tribunal remitente comprobar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, si la recurrente proporcionó o se encontraba en condiciones de proporcionar tal certificado.

- Las reglas contenidas en el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que hacen recaer la carga de la prueba en el demandado se aplican a los supuestos en que una trabajadora en período de lactancia, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 92/85, demuestra que su empresario no llevó a cabo una evaluación de los riesgos de acuerdo con el artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva.

- En el caso de que una trabajadora, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 92/85, se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato y demuestre que su empresario no ha llevado a cabo la evaluación de los riesgos para su seguridad y salud prevista en el artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva o que dicha evaluación no se ha llevado a cabo de acuerdo con las directrices a que se refiere el artículo 3 de la Directiva 92/85, esas circunstancias crean una presunción de discriminación directa, en el sentido del artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54. Incumbe al tribunal remitente comprobar si la aplicación práctica del sistema nacional de que se trata es incompatible con la norma que figura en dicha disposición, que hace recaer la carga de la prueba sobre la parte demandada.

³² (1) En la presente petición de decisión prejudicial, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia solicita al Tribunal de Justicia que le proporcione orientaciones en relación con la expresión «trabajo nocturno» contenida en la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. (2) El tribunal remitente desea saber si una madre en período de lactancia que trabaja a turnos con arreglo a un sistema en el que trabaja de noche una parte de la jornada tiene derecho a la protección específica establecida en dicha Directiva. Dicho tribunal también desea saber si, en el supuesto de que la trabajadora de que se trata impugne una decisión por la que se le deniega la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural y el abono de la prestación económica relativa al período de suspensión, se aplica la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. (3) Algunas disposiciones de esta Directiva invierten la carga de la prueba de tal modo que el empresario (o la autoridad competente, en su caso) ha de demostrar que en el caso concreto no ha existido discriminación”.

la seguridad social. En la mayoría de los casos el resultado final puede pasar por la desprotección de la trabajadora.

También hemos anunciado los efectos del nuevo escenario propiciado por la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba del TJUE y su aplicación por nuestro TS, al tiempo del aviso sobre posibles nuevos espacios de impacto de la doctrina del TJUE, respecto a la funcionalidad de la certificación de los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas colaboradoras.

Todo lo anterior, nos plantea la posibilidad de buscar, a modo de propuesta de debate, un nuevo espacio de equilibrio de todos los instrumentos de la red protectora, de forma que contribuya a garantizar una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, referida especialmente a los riesgos durante el embarazo y la lactancia, mediante un sistema de responsabilidades y compensaciones que articule la red.

La articulación contemplaría una doble dirección, por un lado y dada la complejidad y los costes empresariales derivados de la aplicación de los distintos escalones de la red protectora, aplicar mecanismos directos e indirectos –teniendo presente el tamaño de la empresa- de compensación³³. Por otro, estableciendo un sistema de responsabilidad empresarial, sobre la prestación, con anticipo de la entidad gestora o colaboradora, para los casos de incumplimiento.

En el análisis y resolución de las controversias sobre el reconocimiento de la contingencia de riesgo durante la lactancia natural, tanto la doctrina judicial, como la académica³⁴ han venido haciendo referencia a que “...de no adoptarse las medidas preventivas, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la *eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión*, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar -al margen de la procedencia, en su caso, *del anticipo de la prestación*- el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas...”³⁵.

El interrogante que plantean las reflexiones referidas, consiste en determinar si en el espacio del ordenamiento de la seguridad social existe algún procedimiento donde pudiera ubicarse la construcción del régimen de responsabilidad empresarial descrito. La respuesta, salvo error, es que es inexistente, con el matiz de que pudiera utilizarse la vía abierta y no desarrollada del artículo 168.3 del TRLGSS para los supuestos en que “... la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario...”

Parece más razonable construir el nuevo sistema de responsabilidad en el espacio de la Sección 2.^a (Disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo en el Régimen General) del Capítulo XVI (Disposiciones comunes del Régimen General) junto a los incumplimientos empresariales en la realización de los reconocimientos médicos obligatorios y de las órdenes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la autoridad laboral en materia de paralización de trabajos que no cumplan las normas de seguridad y salud.

En este orden, sería necesario crear un procedimiento de imputación de responsabilidad empresarial con anticipo inmediato de la prestación por parte de la entidad que cubra las

³³ Así lo plantea BENAVENTE TORRES, M^a I., *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia. Un análisis propositivo.. op. cit.* pág.106, al afirmar que “Apostar por la adaptación o por el cambio del puesto de trabajo debería ir aparejado de su compensación, de alguna manera, a través de ayudas públicas e incentivos suficientemente atractivos”.

³⁴ BENAVENTE TORRES, M^a I. *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia. Un análisis propositivo.. op. cit.* pág. 108, con cita textualmente de LOUSADA AROCHENA, J. F “Riesgo durante el embarazo (I)”, *op. cit.*, pág. 565, afirma que “También, por las razones expuestas, considero que lo correcto, tanto desde la perspectiva comunitaria como desde los principios generales preventivos y su configuración como contingencia profesional, habría sido conceder la prestación desde la fecha de la decisión empresarial de suspensión de la prestación de trabajo, y el abono directo por la entidad gestora con efectos desde dicha fecha, con independencia de que ésta se le repercuta a la empresa en caso de no ser procedente”

³⁵ Por todas, STS de 22 de noviembre de 2011 (rcud. 306/2011) y 21 de junio de 2012 (recud. 2361/2011).

contingencias profesionales. De esta forma el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 26 de la LPRL se equipararía, respecto de las contingencias de riesgo durante el embarazo y la lactancia, a la falta de formalización de la protección por dicha contingencia de los trabajadores afectados.

CAPÍTULO XIII. PROTECCIÓN DE LA SALUD Y PREVENCIÓN DE RIESGOS EN LA REPRODUCCIÓN Y LAS SITUACIONES DE EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL

NATALIA ORDÓÑEZ PASCUA

*Profesora Ayudante Doctora del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León*

I. INTRODUCCIÓN

El análisis del funcionamiento de los mercados de trabajo constituye una materia de estudio que muestra un peso indudable a lo largo de la historia. El tradicional sistema de relaciones laborales en el cual el hombre poseía un papel preponderante ha sufrido una importante transformación con la incorporación de la mujer al mercado de trabajo producida incluso de manera contundente en álgidos momentos de crisis económica.

A lo largo de estos años, la mujer ha asumido de manera natural roles vinculados a las responsabilidades familiares –atención de hijos y mayores– y al trabajo doméstico, de los cuales se ha ido paulatinamente desvinculando.

Sin embargo, indudablemente, la fisiología del varón y la fémina es distinta y ello ha supuesto el mantenimiento de la existencia de una tarea inherente a la mujer como es la reproductora con las repercusiones que tiene sobre su acceso al trabajo, su promoción profesional¹ y su salario².

En otro orden, si bien en el plano social no es posible deslindar todas las circunstancias biológicas que rodean a la maternidad –parto, puerperio, lactancia– del ámbito del trabajo con las consecuencias que este hecho supone³, jurídicamente han llegado a conseguirse grandes avances en su equiparación frente al hombre por cuanto hace al mundo laboral, obteniendo la respuesta de mayor impacto en una regulación que implementa y hace legítima la adopción de medidas de acción positiva en favor de la mujer a la vez que incentiva la participación del varón en los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a través de la configuración de un permiso de paternidad configurado como derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento⁴.

Por cuanto aquí importa, la maternidad constituye uno de los factores que inciden de manera exclusiva en la mujer y ello supone la necesidad de un tratamiento específico en materia de seguridad laboral; así, cabe afirmar que en el ámbito preventivo el género como factor de riesgo constituye un elemento esencial que necesita ser tenido en cuenta en orden a establecer las medidas de seguridad y

¹ BARRIOS BAUDOR, G. L.: “Igualdad por razón de género en los convenios respecto a la clasificación y promoción profesionales”, en VV.AA.: *Propuestas para la igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva*, ÁLVAREZ CUESTA, H. (Coord.); RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y MARTÍNEZ BARROSO M. R. (dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pág. 386 y ss.

² MEGINO FERNÁNDEZ, D.: “Desigualdad salarial por razón de género en la negociación colectiva”, en VV.AA.: ÁLVAREZ CUESTA, H. (Coord.) Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y MARTÍNEZ BARROSO, M. R. (Dirs.): *Propuestas para la igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva*, cit., pág.386 y ss.

³ CABEZA PEREIRO, J.: “Discriminación por embarazo en el acceso a un trabajo temporal”, *Revista de Derecho Social*, núm. 16, 2001, págs. 124 y ss.

⁴ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

salud adecuadas en el ámbito laboral ya que, si bien las tareas realizadas por ambos sexos pueden ser similares, los riesgos influyen de manera distinta en cada uno de ellos⁵.

Existe una clara evidencia pues de que las condiciones de trabajo inciden en los posibles problemas de salud asociados al embarazo y postparto cuando la mujer se expone a ciertos riesgos⁶ siendo esta situación objeto de especial protección en la medida en que la gestación afecta tanto a la madre como al feto y ambos han de ser tenidos en cuenta en el establecimiento de las condiciones de trabajo y en materia de prevención.

II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD

La protección de la salud de los trabajadores supone un aspecto en constante mejora y evolución, siendo la tutela del bienestar de la mujer objeto de tratamiento legislativo desde un primer momento.

La mayoría de los países occidentales inician esta andadura con disposiciones protectoras sustentadas en la debilidad física de la mujer, la fisiología femenina y las obligaciones familiares configurando un derecho social sexista que ofrece tratamientos distintos respecto de similar bien jurídico por razón de género y supone la creación de la figura de la mujer como sujeto de una serie de derechos laborales específicos.

Si bien existían tratamientos y preceptos aislados respecto al trabajo femenino, la primera norma social española que cabe citar por su trascendencia por cuanto aquí hace, es el Real Decreto de 25 de enero de 1908⁷ que incorpora en el ordenamiento jurídico de un modo sistemático la prohibición de trabajar a las mujeres por razones de seguridad y salud⁸ en determinadas actividades consideradas especialmente peligrosas o insalubres, iniciando así una línea legislativa laboral segregada por cuestión de género⁹.

Desde el ámbito internacional es preciso reparar fundamentalmente en dos organizaciones: por un lado, la extensa labor normativa desarrollada por la OIT pone de manifiesto una especial preocupación por la situación de la mujer¹⁰, especialmente por cuanto hace a su función reproductora¹¹. También las primeras normas eran de carácter prohibitivo¹² evolucionando hacia otras más tuitivas de la maternidad en las que, principalmente, se contemplaban permisos y descansos unidos a tal circunstancia; por otro, cabe resaltar el tratamiento que desde la ONU se otorga a la protección de la maternidad y la lactancia¹³.

⁵ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. Y QUINTERO LIMA, M. G.: “La Ley de Igualdad y la prevención de riesgos laborales: nueva protección social de los (nuevos y no tanto) riesgos laborales”, en VV.AA.: *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. Y MERCADER UGUINA, J. R. (Coords.), Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 223-254.

⁶ NAVARRO NIETO, F. Y VAQUERO ABELLÁN, M.: *Políticas de tutela frente a los riesgos en supuestos de embarazo y lactancia*, Instituto Andaluz de Riesgos Laborales, 2012, pp. 11 y 12.

⁷ El Real Decreto trae causa en la Ley de 13 de marzo de 1900.

⁸ Esta prohibición de las actividades a las mujeres menores de 23 años ha de entenderse en el contexto de la época en la cual la mujer está ligada indefectiblemente a la domesticidad y a la maternidad siendo así necesaria su protección frente a cualquier tipo de riesgo que pudiera afectar a cualquiera de esos valores.

⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “Los trabajos prohibidos a la mujer en el Real Decreto de 25 de Enero de 1908: la exclusión como instrumento de protección”, *IUSLabor*, n.º.2, 2014, p. 6.

¹⁰ Convenio n.º. 100: Igualdad de Remuneración; Convenio n.º. 111: Discriminación en el empleo y ocupación; y Convenio n.º. 156: Trabajadores con responsabilidades familiares.

¹¹ Convenios n.º. 103 (1952) y Recomendación n.º. 53 del mismo año y n.º. 183(2000) sobre la protección a la maternidad.

¹² Entre varios, Convenio n.º 4 (1919), sobre el trabajo nocturno de la mujer; Recomendación n.º 4 (1919) OIT, sobre protección de las mujeres y niños contra el saturnismo; Convenio n.º. 13 (1921), sobre el empleo de la celulosa en la pintura; y Convenio n.º. 45 (1935), relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos en toda clase minas.

¹³ Primero en el art. 10.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 con el deber de conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto a través de la concesión de licencias remuneradas o prestaciones adecuadas de la Seguridad Social y posteriormente en el art. 11 de la Convención de 1979, sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer.

A nivel europeo, hasta 1989¹⁴ parece no surgir la necesidad de abordar normativamente los riesgos inherentes al desempeño de una actividad laboral. El legislador acepta este reto que cobra virtualidad mediante la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio, sobre medidas para promover la salud de los trabajadores en el trabajo¹⁵ que sirve de sustento a otras posteriores¹⁶ sobre la promoción de la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia¹⁷.

Nuestro ordenamiento mantuvo una perspectiva sexista y de carácter protector durante mucho tiempo hasta que la CE en 1978 aporta y ofrece garante a una nueva concepción de la mujer que parte del principio de igualdad y no discriminación¹⁸ y que paulatinamente supondrá un giro importante en la orientación normativa futura.

En materia de prevención, cumpliendo con el mandato del art. 40.2 de la norma suprema¹⁹ y procediendo a la necesaria transposición de la Directiva Marco y la 92/85/CEE –décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE–, el referente fundamental es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales cuyo articulado refleja un modelo de protección de riesgos para todos los trabajadores a la vez que hace ciertas distinciones para situaciones individuales, considerando la existencia de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos y las formas adecuadas para proceder a su protección detallando aquellas actuaciones a acometer por el empresario para salvaguardar la salud y seguridad de madre e hijo²⁰. Sin embargo, y pese a haber cubierto “de manera bastante completa el vacío existente”²¹, la norma se muestra escasa por cuanto no procede a una transposición completa de la *supra* mencionada Directiva, dejando al margen muchos procedimientos y situaciones entre los que por superior importancia cabe destacar la ausencia de la dispensa al trabajo a la trabajadora que no haya sido posible asignar otro puesto mientras exista riesgo para su salud²².

Dos años más tarde ve la luz el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) que abunda en la necesidad de tener en cuenta las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural en la

¹⁴ Existe referencia anterior en la Carta Social Europea (1961) en cuanto al derecho de las trabajadoras a una protección especial en el trabajo por razón de maternidad mediante el establecimiento de periodos mínimos de descanso.

¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. Y MORENO VIDA, M. N.: “La Directiva Marco 89/391/CEE como eje del Derecho social comunitario de la prevención de riesgos laborales”, VV.AA.: *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, A., SEMPERE NAVARRO, V., CASAS BAAMONDE, M. E. Y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dir.), Madrid, Francis y Taylor, 2018, pp. 833-868.

¹⁶ Entre varias y relativas a la seguridad y salud laboral de la mujer embarazada, en periodo de puerperio o lactante contra situaciones y agentes concretos: Directiva 86/188/CEE, sobre exposición al ruido durante el trabajo (modificada por la Directiva 98/24/CE); Directivas 67/548/CE, 88/379/CEE y 92/32/CEE, sobre etiquetado y embalaje de sustancias y preparados peligrosos; Directiva 89/654/CEE, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo; Directivas 96/29/EURATOM, 90/641/EURATOM, y 97/43/EURATOM, sobre protección de la salud contra los riesgos derivados de las radiaciones ionizantes; Directiva 90/269/CEE, sobre manipulación manual de cargas; la Directiva 90/394/CEE, sobre protección de trabajadoras contra agentes carcinógenos (modificada por las Directivas 97/42/CE, de 27 de junio de 1997 y 1999/38/CE, de 29 de abril de 1999); la Directiva 98/24/CEE, sobre protección de los trabajadores frente a agentes químicos; la Directiva 92/104/CEE, sobre protección de los trabajadores de las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas; la Directiva 92/91/CEE, sobre protección de los trabajadores de las industrias extractivas por sondeos; la Directiva 90/270/CEE, sobre equipos que incluyen pantallas de visualización; la Directiva 2000/54/CE, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo; la Directiva 89/656/CEE, sobre equipos de protección individual; y Directiva 92/52/CEE, sobre medidas de seguridad y salud de las obras de construcción temporales o móviles.

¹⁷ 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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE).

¹⁸ El art. 14. CE que consagra el principio de no discriminación por razón alguna, entre varias, el sexo.

¹⁹ Art. 40.2: “Los poderes públicos [...] velarán por la seguridad e higiene en el trabajo...”.

²⁰ En este sentido, el art. 25.1 refleja la protección con carácter general, siendo el art. 26 el que dedica su tenor completo a la maternidad. Como colectivo especialmente sensible también el art. 27 es clara reseña por cuanto hace a los menores de edad.

²¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “La aplicación de la Directiva 92/85 en España”, en VV.AA.: CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.): *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 270.

²² Esta es la tutela que contiene el art. 5.3 de la Directiva 92/85/CE.

evaluación de riesgos²³ y aporta una lista una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas y en período de lactancia natural aumentando esa protección al feto y al nacido durante el período de su lactancia natural –Anexo VII– y un listado no cerrado –Anexo VIII– relativo a aquellos agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición.

El panorama normativo avanza en este sentido con la Ley 39/1999, 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y la modificación que introduce en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales así como en el Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la introducción de la nueva causa de suspensión en su articulado²⁴.

Por último, no es posible concluir esta exposición legislativa sin referencia a los aspectos importantes que en materia de prevención introdujo la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que afectan fundamentalmente al ámbito de la Seguridad Social, mediante la consideración de la situación de los riesgos derivados de la gestación como contingencias profesionales con los efectos económicos que ello conlleva y dedicando el Capítulo VIII y IX de la actual norma²⁵ al riesgo durante el embarazo y lactancia natural.

En otro orden, encomienda a los poderes públicos –Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en aquel momento– la elaboración de unas directrices sobre la evaluación del riesgo laboral de la mujer embarazada, que haya dado a luz recientemente o en periodo de lactancia. En este sentido, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo²⁶ da cumplimiento a tal misión poniendo a disposición de los agentes implicados –empresarios, técnicos de prevención y profesionales sanitarios entre otros– recomendaciones importantes a la hora de proceder a la identificación y evaluación de riesgos y el establecimiento de las medidas preventivas correspondientes.

III. RIESGOS LABORALES ASOCIADOS A LA REPRODUCCIÓN

El incuestionable hecho de las diferencias biológicas entre ambos sexos es el sustento en buena parte de la justificación en la adopción de regulaciones y medidas de distinto cariz por cuanto hace, entre otros, a la protección de la salud laboral si bien no ha estado exento de cierto malestar.

La discusión de este asunto partía de la posible existencia de discriminación y transgresión de la Constitución ante la aplicación de normas distintas para el varón y la fémica. Este tema obtiene respuesta contundente del Tribunal Constitucional al afirmar que “la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 de la Constitución y, por tanto, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre [...]”. No puede olvidarse, como antes se indica y reiteradamente ha afirmado este Tribunal, que por pertenecer la mujer al grupo desfavorecido, la interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre (SSTC 128/1987 y 19/1989) lo cual justifica constitucionalmente preceptos como el cuestionado, destinados a remover obstáculos que impiden aquella real igualdad en el trabajo y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer (STC 229/199)²⁷.

La especial protección de la mujer en materia de riesgos laborales es tratada en la LPRL desde una doble perspectiva: por un lado, se tutela la función reproductora a través del art. 25.2 que insta a la empresa a tener en cuenta en la evaluación aquellos riesgos que “puedan incidir en la función de

²³ Art. 4 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero.

²⁴ Se introduce el punto d) del art. 45.1 y el apartado 5 del art. 48 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, pasando en el mismo lugar al Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

²⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

²⁶ La actual denominación ha pasado a ser Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo.

²⁷ STC 109/1993, de 25 de marzo.

procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias²⁸. Este precepto, por tanto, despliega sus efectos no sólo sobre la mujer gestante sino que alcanza a todos aquellos que potencialmente puedan participar en las tareas reproductoras; por otro, se vigila la salud de la fémina en estado de gestación, puerperio y lactancia mediante el art. 26, dedicado íntegramente a la protección de la maternidad.

Tradicionalmente, las normas de protección de riesgos en esta materia han dirigido sus esfuerzos a preservar la salud del feto dado que la exposición de la madre a determinados agentes y situaciones puede suponer a la postre la aparición de efectos irreversibles.

Una de las primeras cuestiones que aportan valor a esta cuestión viene constituida por la fertilidad, que puede verse afectada por los aspectos laborales y ambientales que rodean al ser humano.

La fertilidad es la capacidad para reproducirse o procrear y existen muchos factores que la determinan entre los que por superior importancia cabría destacar la edad reproductiva; la capacidad para mantener relaciones sexuales; la salud de ambos progenitores; la calidad de gametos masculino y femenino; y la capacidad subjetiva de la mujer para gestar.

El sistema reproductor de ambos sexos funciona de forma muy distinta lo que supone la existencia de diferencias notables en la fertilidad de unos y otros y en su respuesta ante la acción de agentes externos. En el plano de la medicina, la fertilidad de una mujer depende principalmente de la calidad de sus óvulos, así como de su capacidad de ovular y llevar a término una gestación correctamente, labor que no exclusivamente está relacionada con la edad pero sí íntimamente asociada a la juventud.

Además de este factor desde todo punto de vista incontrolable, la infertilidad femenina puede traer causa en la interferencia con la ovogénesis, daños genéticos o citotóxicos debidos a exposiciones a tóxicos a lo largo de la vida de la mujer (tóxicos, quimioterapia, radiaciones), o alteraciones del ciclo menstrual secundario a alteraciones hormonales.

Sin embargo, el hombre también está sometido a factores de riesgo que pueden trasladar enfermedades y defectos a la hora de la fecundación disminuyendo la capacidad reproductora y causando malformaciones congénitas o mutaciones genéticas en el peor de los casos.

Esto implica que la salud reproductora no pueda ser un término asociado de manera exclusiva a la mujer sino que cobra virtualidad también en el plano masculino, de tal modo que constituye un riesgo para la reproducción cualquier agente físico, químico o biológico o situación profesional de carga física o mental que afecte a la capacidad de tener descendencia sana. De entre todos, los tóxicos para la reproducción se definen como “las sustancias o preparados que, por inhalación, ingestión o penetración cutánea, pueden producir efectos nocivos no hereditarios en la descendencia, o aumentar la frecuencia de éstos, o afectar de forma negativa a la función o a la capacidad reproductora masculina o femenina”²⁸, recogiendo de nuevo la doble faceta de protección de este extremo para ambos sexos y recogiendo las recomendaciones de la OMS en el sentido de la necesidad de desarrollar “políticas de prevención primaria para la protección de la reproducción y la salud en ambos géneros en todos los estadios de la vida reproductiva del trabajador”²⁹.

Desde esta perspectiva, la prevención no sólo supone apartar a la gestante de aquellas tareas o puestos de trabajo peligrosos sino que incluye el control de aquellos riesgos que pueden afectar al trabajador en edad fértil desde el mismo momento de su incorporación a la actividad laboral³⁰.

²⁸ Art. 2. n) del Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos.

²⁹ Organización Mundial de la Salud: Beijing 1994.

³⁰ Como refleja el tenor de los arts. 25 y 26 de la LPRL a la hora de evaluar los riesgos y elaborar el plan de prevención en relación con el art. 16 de la misma norma.

El plan de prevención debe contener las intervenciones adecuadas para eliminar los riesgos reproductivos adaptando las condiciones de trabajo, los horarios y las condiciones del puesto en aquellos aspectos en los que la evaluación de riesgos lo señale. En todo caso, cuando de seres humanos se trata, la presencia de un mismo agente o situación no afecta necesariamente a todos los sujetos del mismo modo, jugando un papel fundamental la confluencia de un conjunto de factores entre los cuales cabría destacar el tiempo de exposición, grado de concentración del agente contaminante, confluencia de varios agentes contaminantes e interacción entre los mismos, y, no menos importante, un elemento subjetivo que no es otro que las características individuales de cada trabajador.

Sin perjuicio del desconocimiento con exactitud de las consecuencias concretas que cada trabajador puede sufrir ante la presencia de agentes de riesgo, es necesario tasar aquellos que pueden, en todo caso, afectar de manera importante a la reproducción, entre los cuales cabría tener en cuenta los agentes químicos, biológicos, físicos y todas aquellas condiciones de trabajo que por sus circunstancias puedan acarrear consecuencias negativas para la salud reproductiva.

Cuando de agentes químicos se trata y por cuanto aquí importa cabría diferenciar tres categorías de agentes potencialmente nocivos que pueden causar serias alteraciones en la reproducción:

A) Tóxicos para la reproducción constituidos por aquellas sustancias y preparados que pueden producir efectos negativos en la descendencia, o aumentar su frecuencia, o afectar a la capacidad reproductora masculina o femenina.

B) Mutágenos formados por las sustancias y preparados que pueden producir efectos genéticos hereditarios o aumentar su frecuencia.

C) Alteradores endocrinos entendidos como aquellos agentes, sustancias y preparados que pueden alterar la función del sistema endocrino masculino o femenino.

A tenor de la clasificación expuesta, la identificación de un producto concreto como perjudicial supone valorar la información proporcionada por distintos elementos –etiqueta, identificadores y pictogramas– que aportarán una información detallada del agente en cuestión.

Los efectos que sobre la salud proyecta el contacto con estas sustancias se manifiestan en el varón con la merma de cantidad y calidad de espermatozoides y alteraciones en el ADN del espermatozoides, mientras que la femina podrá sufrir alteraciones del ciclo menstrual, infertilidad y abortos prematuros además de aquellas otras malformaciones y defectos en el desarrollo del recién nacido.

La exposición a riesgos biológicos supone el contacto con microorganismos (virus, bacterias, parásitos, hongos, cultivos celulares etc...) capaces de originar algún tipo de infección, alergia o toxicidad en el organismo que puede suponer graves consecuencias produciendo inflamación de los órganos reproductores e incluso atrofia.

El control ante la presencia de agentes biológicos supone ahondar en sus vías de propagación, identificar las consecuencias negativas y adoptar medidas de prevención y protección adecuadas.

Pese a que los riesgos físicos son más comunes a toda actividad laboral, no por ello sus consecuencias son menos perjudiciales para la salud reproductiva. El ruido, vibraciones, cambios de temperatura y radiaciones son elementos que afectan también a la fertilidad. De entre todos, estas últimas pueden producir esterilidad temporal o permanente en ambos sexos.

Por último, existen otras condiciones de trabajo –carga de trabajo, turnicidad o nocturnidad– que por cuanto modifican el orden de vida del trabajador pueden influir negativamente en sus condiciones de salud y por ello habrán de ser valoradas.

Así, la vigilancia de la salud en este ámbito supone el desarrollo por parte de los servicios de prevención de una serie de objetivos individuales y colectivos mediante los cuales sea posible

detectar los riesgos a los que el trabajador está expuesto además de identificar la población susceptible de presentar alteraciones de la reproducción³¹.

En suma, cabe afirmar que la regulación y protección del riesgo reproductivo de origen laboral debe evitar cualquier tipo de discriminación por género puesto que las alteraciones de este proceso pueden afectar tanto a los trabajadores como a las trabajadoras, y el objetivo de la prevención debe ser evitar la existencia de los riesgos para ambos.

IV. LA TUTELA DE LA SALUD DE LA MUJER GESTANTE O EN PERIODO DE LACTANCIA

En relación directa pero en un momento posterior al reproductivo y como manifestación específica del deber de cuidado en cuanto a la procreación, se encuentra la protección de la gestación, parto, postparto y lactancia, indefectiblemente unida a la figura femenina y objeto de singular tratamiento por la norma preventiva.

Los diferentes agentes con los que interacciona el trabajador pueden actuar sobre las distintas fases de la reproducción humana y en momentos dispares de la etapa reproductiva; en un primer momento preconcepcional –disminución del deseo sexual, impotencia, infertilidad, esterilidad, desórdenes menstruales–, en el gestacional propiamente dicho –aborto, prematuridad, bajo peso al nacer, malformaciones congénitas, cáncer, alteraciones del desarrollo–, durante la lactancia materna –intoxicación, infecciones, disminución o supresión de la producción de leche materna– y, finalmente, en la infancia o incluso posteriores etapas de la vida del nuevo ser.

Los posteriores efectos nocivos van a depender del tipo de agente, del nivel de exposición, de la duración de la misma, del momento de la exposición en relación con el proceso reproductivo, de variables subjetivas del propio individuo, condiciones nutricionales, genéticas y de salud y de una posible acción combinada de los diferentes factores de riesgo procedentes tanto de ámbito laboral como extralaboral.

Como ha sido puesto de manifiesto, las condiciones de trabajo influyen de manera directa en lo que se denomina salud reproductiva. Sin embargo, los riesgos van mucho más allá y perduran mientras la mujer está en periodo de gestación e incluso, en el periodo de amamantamiento.

El primer problema en orden al establecimiento de medidas preventivas en el periodo gestacional es el desconocimiento de la fémina de su propio estado dado que desde el momento de la fecundación hasta la confirmación del embarazo transcurre un periodo de tiempo en el cual la mujer esta potencialmente expuesta a riesgos que el resto de su gestación está llamada a evitar. Además, son esos primeros meses en los que es preciso mantener la mayor cautela posible en la medida en que se procede al paso del llamado periodo fetal y el embrión comienza a tomar forma humana. Hay pues un importante vacío en esta cuestión por cuanto los primeros meses se sigue protegiendo la función reproductora pero no la situación de gestación propiamente dicha.

Constituye obligación del empresario ofrecer las condiciones adecuadas de salud y seguridad a los trabajadores, deber que responde al derecho de los trabajadores a gozar de una protección eficaz frente a los riesgos que del desarrollo de su prestación laboral pudieran derivarse, pero no es menos cierto que esa obligación empresarial surge desde el momento en el que éste tiene el conocimiento del estado de gestación de la mujer³² y no en uno anterior en el cual la prevención no despliega sino los mismos efectos que para cualquier otro trabajador en las mismas circunstancias y puesto de trabajo. De hecho, algunos agentes físicos, químicos, biológicos o psicosociales presentes en el medio laboral, potenciales factores de riesgo para la población trabajadora, adquieren especial

³¹ NTP 612: Protección y promoción de la salud reproductiva: funciones del personal sanitario del servicio de prevención, 2002, (SOLÉ GÓMEZ, M^a. D.)

³² La Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, específica sobre protección de la maternidad, define en su art. 2 a) como trabajadora embarazada cualquiera que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales si bien es cierto que la legislación española no contempla la obligatoriedad de dicha comunicación de forma expresa.

relevancia por la vulnerabilidad que supone la exposición en situación de embarazo³³ pero en tanto el empresario es desconocedor del estado de la trabajadora no le serán imputables los incumplimientos que en materia de prevención puedan haberse producido al respecto de tal situación concreta y en este sentido se manifiestan los Tribunales³⁴. Lo mismo ocurre cuando de la trabajadora en periodo de lactancia se trata en cuanto a la obligación de comunicar su situación³⁵.

Al respecto de esta cuestión la doctrina se ha manifestado en dos direcciones distintas: por un lado, los que entienden que la comunicación es un hecho que se encuentra dentro de la esfera de la libertad de la trabajadora y de su estricta intimidad, y por tanto tendrá derecho a decidir hacer o no público su estado³⁶, considerando fuera de las obligaciones enunciadas en el art. 29 de la LPRL la exigencia de comunicar la gestación y, en consecuencia, no siendo tal conducta objeto de sanción al no suponer una transgresión de la buena fe contractual. Así, “La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer”³⁷; por otro, cuantos piensan que la no exigencia de manera expresa por la norma no exime a la trabajadora de efectuar la comunicación todo ello con sustento en una interpretación extensa del art. 29.2 en relación con el art. 26 de la LPRL³⁸ en cuanto constituye obligación del trabajador “informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores” y, no menos importante en orden a exigir responsabilidades, “cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores”³⁹.

Sin embargo, la norma si es clara en cuanto al nacimiento de la deuda de seguridad empresarial que comienza desde el mismo momento en el que el empleador es conocedor de la existencia del estado de embarazo o lactancia de la trabajadora, fuera del mero acto positivo de la comunicación expresa de esta. La jurisprudencia ha venido a matizar que cabe entender por “ser conocedor” para que no exista una conducta discriminatoria y en tal sentido manifiesta la necesidad de que el embarazo sea apreciable a simple vista o que se trate de un hecho conocido en el trabajo,

³³ RONDA PÉREZ, E.; ROEL VALDÉS, J. Mª, TASCÓN BERNABEU, E. Y MARTÍNEZ ESCORIZA, J. C.: “Evaluación de dos guías de valoración de riesgos laborales en el embarazo”, *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, n.º. 14, 2001, p. 180.

³⁴ Así lo expresa el fundamento de derecho octavo de la STS de 12 de marzo de 2008 (RJ 2008\3493), en el sentido de que si bien nuestro ordenamiento no exige la “comunicación” al empresario del estado de embarazo que prevé el art. 2 de la Directiva, de ello no es posible inferir, vistos los argumentos de la exposición de motivos de la Ley 39/1999 y el contenido de los preceptos sustantivos y procesales a los que ya nos hemos referido, que la no inclusión en las normas españolas citadas de la definición de “mujer embarazada” que contiene art. 2 de la Directiva, supone la voluntad de introducir en el sistema español un supuesto de protección mediante la nulidad objetiva. Tampoco se ha incluido tal definición en la reforma que la Ley 39/1999 introdujo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y a nadie se le ocurriría pensar que pueda exigirse responsabilidad por falta de medidas de seguridad al empresario si éste no tiene conocimiento, al menos, del estado de embarazo de la trabajadora.

³⁵ El art. 2.c) de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, contempla la definición de trabajadora en periodo de lactancia como aquella que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. Como en el supuesto del embarazo, la norma interna no establece definición alguna del sujeto protegido ni menciona expresamente la necesidad de tal comunicación.

³⁶ Esta es la línea seguida, entre varios, por PÉREZ DEL RÍO, T. Y BALLESTER PASTOR, M. A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid, La Ley, 2000, p. 62.

³⁷ En este sentido, STS de 14 de enero de 2015 (RJ 2015\747).

³⁸ Desde esta perspectiva, MORGADO PANADERO, P.: “La triple tutela del embarazo y de la lactancia en la normativa laboral y de seguridad social”, *REDT*, núm. 144, 2009, p. 960.

³⁹ Reproduciendo el tenor de los arts. 29.2. 4º y 6º de la norma preventiva.

encomendando la carga de la prueba a quien lo alega⁴⁰. En la diligencia debida del empleador debería estar una intervención temprana en el sentido de proceder a las gestiones necesarias en orden a confirmar la situación cuando tenga sospecha de la misma⁴¹.

Una vez conocido el estado de embarazo de la trabajadora por el empresario, comenzaría a desplegarse la acción preventiva establecida de manera concreta para la mujer en estado de gestación y que con origen en el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo del art. 14.1 de la LPRL, obtiene su protección del tenor del art. 26 de las normas desarrollo.

La prevención extiende sus efectos en dos momentos claramente diferenciados; comienza por la necesidad de incluir en los planes de prevención y en la evaluación de riesgos aquellos que afectan a la mujer embarazada y en periodo de lactancia para posteriormente establecer el conjunto de medidas concretas destinadas a corregir las deficiencias y riesgos detectados.

1. PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN DE RIESGOS EN PERIODO DE GESTACIÓN Y LACTANCIA

El art. 16 de la LPRL obliga a integrar la prevención de riesgos en el sistema general de gestión de la empresa, situando este aspecto en un primer plano y a todos los niveles jerárquicos. El citado precepto establece la necesidad realizar por el empleador una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los empleados que deban desempeñarlos. Esta última variable supone tener en cuenta por tanto el estado concreto del trabajador, eximiendo de determinados riesgos y otorgando superior protección a aquellos especialmente sensibles, a la situación del embarazo y lactancia y a los menores. Así, y por cuanto aquí importa, constatada la existencia de un riesgo para la gestante, el feto o el hijo recién nacido, el empresario vendrá obligado a adaptar las condiciones de trabajo de la mujer, incluido en su caso el tiempo, teniendo en cuenta que, de no ser posible o de resultar insuficiente, habrá de proceder a su movilidad funcional, preferentemente ordinaria, pero incluso fuera de su grupo profesional o categoría equivalente⁴².

A esta obligación empresarial, hay que añadir la de efectuar una planificación de la acción preventiva, asegurar la vigilancia de la salud de su personal⁴³, proporcionar a los trabajadores una información sobre los riesgos y medidas preventivas⁴⁴ y una formación adecuada al puesto de trabajo.

Por cuanto hace a la maternidad, el art. 26 descende a aquellos aspectos que la evaluación primera ha de contener entre los que por su grado de importancia incluye “la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes y todos aquellos procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto”. Abundando en el contenido, el art. 4 del RSP⁴⁵ remite a los anexos⁴⁶ que han de ser tenidos en cuenta a la hora de proceder a la evaluación inicial y establece la necesidad de proceder a reevaluar aquellos puestos que puedan verse afectados por “La incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido

⁴⁰ En este sentido, STC de 30 de enero de 2003 (2003\17), SSTs de 19 de julio de 2006 (RJ 2006\6653) y de la misma fecha (RJ 2006\8040) o de 24 de julio de 2007 (RJ 2007\7382).

⁴¹ SÁNCHEZ CASTILLO, M^a. M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2009, p. 92.

⁴² AGRA VIFORCOS, B.: “La tutela de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el desarrollo de su relación laboral”, *Pecunia: revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 7, 2008, p. 9.

⁴³ Cumpliendo con la exigencia del art. 22 LPRL.

⁴⁴ A tenor el art. 18 LPRL.

⁴⁵ Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

⁴⁶ Anexos VII y VIII del RSP.

lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto”⁴⁷. El reglamento obliga al empresario o los Servicios de Prevención a los que aquel encomiende esta tarea la evaluación inicial y periódica de los riesgos de todos los puestos de trabajo de la empresa, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes, las condiciones en que se realiza el trabajo y las peculiaridades de los trabajadores que deben desempeñarlos.

Sin embargo, es preciso matizar que con el fin de proceder a una evaluación correcta del puesto de trabajo con independencia del trabajador que puntualmente lo ocupe, la contenida en el art. 26.1 de la LPRL debe entenderse como un plus de salvaguarda de la salud de la trabajadora embarazada, completando la establecida con carácter general para cualquier trabajador, pero ello no supone la obligación de tener conocimiento preciso del estado de la trabajadora sino que ese proceso de evaluación específica “habrá de realizarse incluso antes de que ninguna trabajadora se vea inmersa en las situaciones indicadas, pues tal eventualidad puede acontecer en cualquier momento”⁴⁸, otorgando así la debida protección por cuanto hace a la reproducción –que se haya en un estadio anterior– y no únicamente a la gestación en sentido estricto.

Esta idea viene también refrendada por el deber de informar sobre los resultados de la evaluación no sólo a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, sino a todas aquellas que presumiblemente puedan encontrarse en tal situación⁴⁹, pese a que este extremo no haya sido reflejado expresamente en la legislación nacional y deba ser inferido del genérico contenido en art. 18 de la LPRL.

En suma, a la evaluación de riesgos primera e imperativa a llevar a cabo para los trabajadores cabe añadir, en el caso de la trabajadora en periodo gestante o de en el post parto, aquellos extremos que puedan suponer un peligro concreto por su naturaleza, grado y duración de la exposición o que puedan influir en su salud o la del feto de forma negativa. Esta cuestión no fue contemplada por la norma de prevención en un primer momento que, pese a la importancia de su función unificadora respecto a la peculiar configuración que en nuestro sistema jurídico-laboral revestían las disposiciones sobre salud laboral⁵⁰, dejó un importante vacío en la transposición de la Directiva 92/85/CEE que vino a ser completado años después mediante el mandato contenido en la Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres⁵¹ tras el cual se produjo una importante modificación en el RSP⁵² con la inclusión de los dos anexos de la norma comunitaria: tanto el I, que contiene la lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo a los que debe prestarse especial atención en la evaluación de riesgos porque pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o del feto; como el II, que incluye la lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo respecto a los cuales ni la trabajadora embarazada ni la trabajadora en período de lactancia podrán verse obligadas, en ningún caso, a realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación de riesgos, pongan el riesgo de exposición a los mismos, cuando se ponga en peligro su seguridad o su salud.

⁴⁷ Como pone de manifiesto el art. 4.2.c) del RSP. El Reglamento de nuevo incide en el “conocimiento” del estado por parte del empresario.

⁴⁸ SÁNCHEZ CASTILLO, M^a. M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, cit., p. 97.

⁴⁹ Art. 4.2. de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

⁵⁰ BAYLOS GRAU, A.: “En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm.7, 1995, p. 158.

⁵¹ A través de la Disposición Final Tercera de esta norma se establece un periodo de 6 meses para proceder a la adaptación de los Anexos de la Directiva que no fueron tomados en cuenta en la norma primigenia.

⁵² Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, que vino a llenar un vacío justificado por el legislador en la confusión que el carácter no exhaustivo de las listas de los anexos podría crear en los procesos de y procedimientos de evaluación, fijando su exclusiva atención respecto de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo incluidos en ellos y no prestando la debida consideración a aquellos que, pese a estar fuera de estos listados son de superior importancia.

2. MEDIDAS CONCRETAS DE PROTECCIÓN ANTE LOS RIESGOS ASOCIADOS A LA MATERNIDAD Y SITUACIONES CIRCUNDANTES

Toda vez realizado el proceso dirigido a estimar y detectar la magnitud de los riesgos, las consecuencias para la seguridad y la salud y sus potenciales efectos para la gestante o madre lactante procede la adopción por parte del empresario –como sujeto deudor de seguridad– de aquellas medidas paliativas o eliminatorias de la exposición al riesgo entre las que se incluyen adaptaciones de las condiciones o del tiempo de trabajo.

La LPRL establece en el art. 26 hasta tres mecanismos que actúan de manera sucesiva y subsidiaria⁵³ a través de los cuales el empresario debe salvaguardar la salud de la trabajadora gestante y el *non nato* sin establecer, sin embargo, ninguna referencia a la gravedad que los riesgos deban tener, de tal modo que la mera constatación de existencia de éstos supone de manera automática la puesta en marcha de acciones tendentes a su minoración o erradicación.

Estos mecanismos, que son desplegados en función del alcance de los riesgos, de las circunstancias personales de la trabajadora y de la capacidad organizativa de la empresa, son en cualquier caso obligatorios –ya que se imponen al empresario con el fin de evitar resultados lesivos ante la exposición de la trabajadora–, y de carácter temporal, porque su existencia está ligada a una situación transitoria, como es el embarazo, el parto o la lactancia natural. En todo caso, los medios obligatorios actúan como “mínimos necesarios”, dejando al propio empleador y a la negociación colectiva total libertad de establecer aquellos que pudieran ofrecer una mayor protección.

Además de las medidas obligatorias para todos los trabajadores la triple dimensión protectora supone la adopción de cuantas sean necesarias sin perjuicio de que puedan suponer la adaptación de las condiciones y de los tiempos de trabajo, el traslado a otra actividad dentro de la empresa exenta de riesgo y, en último extremo, la dispensa del trabajo recogida en la Directiva 92/85/CEE.

La adaptación del trabajo a la persona, es uno de los principios generales de la prevención recogido en el art. 15.1.d) de la LPRL respecto de todos los trabajadores sin distinguir si existen especiales condiciones o situaciones en su aplicación. Sin embargo, cuando de la trabajadora gestante se trata opera también el art. 26.1 de tal modo que, la modificación necesaria tanto en lo relativo a condiciones como a tiempos de trabajo deberá ajustarse a la empleada afectada en cada caso concreto. Se trata, pues, de una adaptación temporal, que muestra serias dificultades a la hora de llevarse a cabo ya que dependerá de las posibilidades que la empresa pueda ofrecer, y que supone la vuelta a la normalidad superado el periodo de embarazo y lactancia.

En los supuestos que fuere necesario ajustar los horarios y jornadas de trabajo las opciones pasan por fórmulas de flexibilización de la jornada laboral hasta la total eliminación del sistema de turnos –con horarios de comidas y descansos perjudiciales para la madre– y del trabajo nocturno, si bien en estos dos últimos extremos, la Directiva 92/85/CEE y la norma preventiva incluyen la medida sólo en el caso de que resulte necesario.

Más férreo es el sistema amparado en el art. 26.2 de la LPRL cuando existe la imposibilidad o adaptación insuficiente de las condiciones o el tiempo de trabajo al puesto que la trabajadora ocupa de tal modo que sea imposible garantizar la no influencia negativa en su salud o la del feto, en cuyo caso deberá desempeñar otro puesto o función compatible con su estado. La norma exige verificar la situación mediante la pertinente certificación de los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o en su caso de las Mutuas con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, y el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora.

En último supuesto, con referencia en el art. 26.3, supone un mecanismo extremo ante la imposibilidad de un cambio de puesto de trabajo por no resultar técnica u objetivamente posible o no poder ser exigido razonablemente por motivos justificados.

⁵³ MORGADO PANADERO, P.: “La triple tutela del embarazo y de la lactancia en la normativa laboral y de seguridad social”, cit., pp. 961 y ss.

Pese a estar contenido en la Directiva⁵⁴, no fue contemplado en un primer momento por nuestro ordenamiento preventivo hasta la necesaria reforma que en su tenor supuso la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁵⁵, que introdujo dos cuestiones importantes en orden a hacer posible la suspensión del contrato de trabajo cuando existe riesgo en el embarazo o lactancia: por un lado, mediante la modificación del art. 26.3 introduciendo en su texto la posibilidad de suspensión; por otro, a través de la nueva redacción del art.45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores que supuso el refuerzo necesario que la reforma requería para tener la efectividad deseada.

El marco descrito se extiende a la situación de lactancia por cuanto el art. 26.4 de la LPRL señala que las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo y a la movilidad funcional serán “también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo”. El supuesto, que hasta la nueva redacción de este artículo⁵⁶ presentó algunas dudas al respecto de la posibilidad de incluir la lactancia artificial y, por tanto, al padre dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la norma, se ciñe a la lactancia natural dado que la posibilidad de poner en riesgo al hijo supone el uso de la vía de transmisión materna a través de la alimentación que ésta le proporciona⁵⁷.

Requiere, además, que los efectos o influencias negativas sean objeto de certificación por el médico que, “en el régimen de Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora” dejando en manos del facultativo correspondiente la competencia de determinar la temporalidad de la situación de riesgo, si bien con el límite máximo de los 9 meses correspondiendo con la duración del permiso de lactancia regulado en el art. 37.4 del ET.

3. EFECTOS ECONÓMICOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y TRATAMIENTO POR LA SEGURIDAD SOCIAL

El sistema de Seguridad Social ha venido a paliar los desajustes económicos que pueden devenir de la suspensión del contrato de trabajo otorgando protección específica al supuesto de riesgo durante el embarazo y lactancia natural⁵⁸.

La norma de Seguridad Social define la situación protegida –haciendo remisión a los supuestos contenidos en el art. 26.3 y 26.4 respectivamente de la LPRL– a efectos de prestación económica la de aquellos periodos de suspensión del contrato de trabajo en los que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de su puesto a otro compatible con su estado, dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados⁵⁹. No obstante, quedan fuera del caso enunciado todos aquellos riesgos o patologías que derivadas del estado de gestación de la trabajadora no presenten, sin embargo, relación alguna con las condiciones o el desempeño del trabajo y serán, por tanto, tratadas desde la perspectiva de la incapacidad temporal por enfermedad común⁶⁰.

Es menester, por tanto, valorar la existencia de dos situaciones distintas: por un lado, aquella en la cual la evolución clínica del embarazo presenta problemas –embarazo de riesgo genérico– lo que

⁵⁴ Art. 5.3 de la Directiva 92/85/CEE.

⁵⁵ Modificaciones que afectan en el Capítulo I al art. 45 del Estatuto de los Trabajadores y en el Capítulo III al art. 26.3 de la LPRL.

⁵⁶ Redacción ofrecida por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que ofrece una garantía superior a la existente en la tutela de la lactancia, asimilando la situación a la de la gestación por cuanto hace a la suspensión contractual.

⁵⁷ SÁNCHEZ CASTILLO, M^a. M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, cit., p. 80.

⁵⁸ Art. 186 y ss. del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁵⁹ RÍOS MESTRE, J.M^a.: “Prestación por riesgo durante el embarazo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, p. 108.

⁶⁰ Correspondiendo con el tenor del art. 31.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

sería considerado como una situación de incapacidad temporal por enfermedad común y aquella que tiene origen en la exposición laboral y que genera un riesgo para la salud de la trabajadora –riesgo específico para mujeres embarazadas, que han dado a luz recientemente y en periodo de lactancia–, presentando la trabajadora un embarazo clínicamente sin problemas.

La consideración del riesgo durante el embarazo y en periodo de lactancia como riesgo profesional supuso un importante avance en orden a la posibilidad de acceder a las prestaciones que bajo el panorama anterior dejaba fuera de protección a un elevado número de trabajadoras por la dificultad de reunir los requisitos exigidos. Así, el actual acceso a la prestación supone reunir requisitos similares a los exigidos para la IT con origen profesional eximiendo de la necesidad de un periodo mínimo de cotización.

Por cuanto hace al contenido de la protección, la prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100 por cien de la base reguladora que hubiese sido tenida en cuenta para el cálculo de la prestación de IT derivada de contingencias profesionales, correspondiendo su pago y gestión a aquella entidad con la cual la empresa tenga concertada la cobertura de tipo profesional.

El supuesto de la lactancia natural no difiere de lo señalado para la situación de riesgo en cuanto a la posible suspensión del contrato de trabajo y, de hecho, la propia norma remite a tal regulación. Si existe, sin embargo, una diferencia en cuanto a la extinción de la prestación que establece su límite en el cumplimiento de los 9 meses de vida del hijo. Esta duración opera como extensión máxima sin perjuicio de la posible incorporación de la trabajadora a su puesto o a otro compatible antes de la finalización del periodo legalmente establecido, bien por la posibilidad de ubicarse en puesto de trabajo que no cause perjuicio alguno al lactante, bien por abandonar la lactancia natural con anterioridad, lo que supone cesación en el derecho y finalización de la suspensión.

V. LA INFRAUTILIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO VÍA DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y LACTANCIA

En cuanto a la protección de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, cabe afirmar que el art. 26 de la LPRL procede a una protección amplia en el sentido de extender su aplicación tanto a la mujer en aquellos estados biológicos, a la protección de una vida potencial o inmediata sobre la que revertirían a su vez y a las consecuencias de la no adopción de las medidas de protección necesarias.

El estudio del papel de la negociación colectiva en el campo de la prevención de riesgos laborales supone partir de una norma general –elaborada teniendo en cuenta legislación internacional y comunitaria– en materia de prevención, que remite a un posterior desarrollo reglamentario para la concreción de determinados aspectos técnicos que la principal no regula.

Sin embargo, es la propia LPRL la que remite a la negociación colectiva, la considera como fuente normativa en esta materia⁶¹ y como vía idónea para adaptar las condiciones generales de seguridad y salud en el trabajo a las características del sector de producción o de la organización empresarial en el que va a ser aplicado, otorgando al convenio colectivo un importante papel de complementariedad y mejora.

Con frecuencia la ley delega en el convenio la regulación o especificación de determinadas previsiones normativas, limitando su actuación al establecimiento de principios generales llamados a ser completados por la negociación colectiva⁶². Esta es la situación que de hecho se pone de manifiesto en el RSP⁶³ cuando ofrece un catálogo de materias donde la negociación puede desempeñar un papel complementario, como son “los criterios para la determinación de los medios personales y materiales de los servicios de prevención propios, del número de trabajadores

⁶¹ El art. 1.1. se refiere expresamente a las fuentes convencionales.

⁶² No en vano el art. 2.2 de la LPRL considera las disposiciones contenidas en su tenor con carácter de Derecho necesario mínimo e indisponible pero prevé la mejora y desarrollo por convenio colectivo.

⁶³ Disposición Adicional 7ª.

designados, en su caso, por el empresario para llevar a cabo actividades de prevención y del tiempo y los medios de que dispongan para el desempeño de su actividad, en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y de su distribución en la misma, así como en materia de planificación de la actividad preventiva y para la formación en materia preventiva de los trabajadores y de los delegados de prevención”.

Es de toda lógica pensar que el valor añadido de la negociación colectiva en materia de prevención deviene de que los propios sujetos negociadores son los más conocedores de las necesidades en materia de prevención de riesgos en el su ámbito laboral. Pese a todo, y a juicio de quien suscribe, el avance ha resultado más cuantitativo –por cuanto han aumentado el número de cláusulas en materia de prevención–, que cualitativo en la medida en que se torna repetitivo y poco innovador respecto a la regulación que la propia norma ofrece.

Por cuanto hace a la protección concreta de la salud de la mujer trabajadora la llamada a la regulación convencional no ha tenido los resultados que cabía esperar mostrándose incapaz de solventar las numerosas cuestiones pendientes de solución y limitando su actuación a la remisión de normas existentes.

En este sentido, tal y como prescribe el art. 26.1 LPRL, tanto los convenios sectoriales como los de empresa están obligados a evaluar los riesgos y determinar la naturaleza, el grado, y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo, o parto reciente, a agentes, procedimientos, o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las aquellas o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico, así como la determinación de la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos, previsión que no hace más que constatar la falta de reglas y procedimientos concretos sobre la evaluación de riesgos en los propios convenios, sobre todo en relación con los puestos que deben o no ser ocupados por las mujeres embarazadas, de parto reciente o en lactancia. De hecho, suelen reproducir simplemente la norma o fijar algunos aspectos en torno a la movilidad –no siempre con la precisión aconsejable⁶⁴, llegando incluso a rozar o traspasar los límites de la legalidad⁶⁵ cuando en numerosas ocasiones los convenios proceden a una interpretación restrictiva⁶⁶ del art. 26 o establecen como requisito que sea la propia trabajadora la responsable de solicitar la aplicación del citado artículo.

Así, la mayoría de convenios colectivos que recogen referencias expresas en este asunto manifiestan cuestiones de carácter general, como son la necesidad de evitar la permanencia de trabajadoras embarazadas en trabajos penosos o peligrosos que puedan afectar a la salud de la embarazada o del feto y reafirman el derecho de la trabajadora a que se modifiquen sus condiciones de trabajo o en su caso, a ser adscrita a un puesto de trabajo que no entrañe riesgo para su estado o, en última instancia, a la suspensión del contrato con previsión expresa de su reincorporación al puesto que ocupaba con anterioridad a la suspensión.

También los Convenios se remiten a la ley y hacen una referencia a este tema desde el punto de vista de las prestaciones de la Seguridad Social de maternidad y riesgo del embarazo; la primera de ellas es prácticamente automática y tiene efecto suspensivo del contrato de trabajo durante el periodo legalmente establecido si bien algunos Convenios mejoran esta situación con el incremento de 4 semanas más⁶⁷. Mayor dificultad supone en la práctica el traslado de la trabajadora a otro puesto de trabajo que se evalúe como inocuo para ella y el feto optando la empresa, en la mayoría de los casos, por la suspensión del contrato en los términos ya expuestos.

⁶⁴ NAVARRO NIETO, F.: “El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 75, 2004, p. 38.

⁶⁵ GONZÁLEZ LABRADA, M.: “Salud laboral”, en VV.AA.: *Análisis y propuestas de modernización de la negociación colectiva en Navarra*, GOÑI, SEÍN, J.L. (Coord.), Navarra, Universidad Pública de Navarra, 2004, p. 230.

⁶⁶ Como refleja el art. 22 del Convenio Colectivo Grupo de Empresas Centro Farmacéutico Del Norte S.A. y Centro Distribuidor Del Norte S.A., en su versión vigente desde 1 de enero de 2011, cuando se limita a disponer que “a partir del quinto mes de embarazo y dentro de las posibilidades de la organización del trabajo la empresa facilitará a las trabajadoras en cuestión un puesto de trabajo idóneo a su estado”.

⁶⁷ VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía.

Lo cierto es que, sin embargo, todos hacen referencia a esta materia en el apartado de licencias retribuidas, regulando los periodos de lactancia, las pausas y las reducciones a las cuales la mujer puede acogerse, además de todos aquellos permisos para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN BALANCE GENERAL Y ALGUNAS PROPUESTAS

La regulación de la prevención de riesgos en general, y en el caso que aquí ocupa en particular, ha sido bastante tardía en el ordenamiento interno y se ha perfeccionado a lo largo de estos años mediante la inclusión de aspectos que suponían importantes vacíos en la norma primigenia.

Pese a que la norma fundamental en prevención data de 1995, no es posible hablar de un *corpus* normativo completo hasta 2009, fecha en la cual se traspone en su totalidad la Directiva 92/58/CEE y ve la luz el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

La protección que el ordenamiento jurídico otorga a la mujer gestante y en periodo de lactancia es un plus en el garante que el art.14 ofrece y que es de debido cumplimiento respecto a todos los trabajadores.

La concreta del embarazo y lactancia trae causa en las consecuencias que la exposición a factores de riesgo en el lugar de trabajo pueden suponer para la fertilidad, para la mujer y el feto durante la gestación y al recién nacido en el periodo de lactancia. El empresario tiene obligación de considerar el riesgo para la reproducción y maternidad desde la evaluación de riesgos inicial y elaborar un listado de puestos de trabajo sin riesgo para la mujer gestante o en periodo de lactancia. Sin embargo, la protección específica contenida en el art. 26 requiere del conocimiento previo empresarial por la comunicación de la propia trabajadora o por la evidencia del estado de gestación. Este carácter voluntario de la comunicación supone el escrupuloso respeto al derecho a la intimidad que protege el art. 18.1 de la CE, pero es de suma importancia informar a la trabajadora de la necesidad de poner en conocimiento del empleador su estado para poder proceder a la reasignación y/o en su caso, suspensión del contrato laboral.

Partiendo de la existencia de unas condiciones de trabajo seguras y saludables para todos los trabajadores y que cumplen con los estándares normativos establecidos, cabría tener en consideración algunas cuestiones en orden a una eficaz prevención. En este sentido deben primar aquellas medidas que tiendan a la mayor eliminación de riesgos colectivos posibles, tener una actualización constante en las evaluaciones de riesgos teniendo en cuenta no solo los factores de los anexos sino todos aquellos que puedan causar un perjuicio para los empleados y una constante actitud de vigilancia.

Lo cierto es que la exposición de la mujer en el trabajo no es una cuestión fácil de resolver ya que factores de riesgo que individualmente tomados en consideración pueden no tener resultados lesivos, asociados pueden presentar un riesgo significativo y producir complicaciones en el estado de gestación.

Así, la evaluación de los riesgos para la maternidad como obligación empresarial y punto de partida de toda acción preventiva incluiría una evaluación inicial, independiente de que el puesto de trabajo esté ocupado o no por una mujer embarazada, que ha dado a luz recientemente o en periodo de lactancia y unas evaluaciones de carácter periódico, siempre que se produzca un cambio en las condiciones de trabajo o un daño en la salud de la trabajadora o de su descendencia. En último lugar cabría una evaluación de carácter adicional siempre que exista comunicación por parte de una mujer que desempeña un puesto de trabajo con riesgo. Aun con todo, la exposición a peligros y riesgos nunca puede tener una eficacia absoluta ya que existen periodos en los cuales la mujer no tiene conciencia de su estado o situación.

Pese a que la normativa preventiva parece bastante completa en esta materia, existen situaciones que podrían mejorarse a través de la vía de la negociación colectiva como instrumento eficaz para la mejora de las condiciones de trabajo y la eliminación de las discriminaciones, como así lo reconoce expresamente la Ley 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres “la negociación colectiva es el marco idóneo para la promoción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas y como instrumento clave para actuar en la corrección de las desigualdades”.

En este sentido, debería constituir una vía esencial para el adecuado cumplimiento, desarrollo y mejora de la normativa existente en materia de prevención de riesgos laborales, contribuyendo a garantizar el cumplimiento de la norma y a cubrir los vacíos legales existentes que favorezcan y posibiliten una completa protección. Sin embargo la realidad es que ha mostrado una gran deficiencia en cuanto a la regulación de este aspecto.

Su cercanía con la realidad concreta le permite actuar en diversos e importantes ámbitos en orden a mejorar, corregir y adaptar la legislación a su actividad específica en la medida en que son los propios trabajadores de la empresa o sector los mejores conocedores de las condiciones de trabajo y detectores de riesgos inherentes a su ejercicio profesional. Ello haría posible adoptar las medidas preventivas adecuadas en orden a la eliminación o, cuando ésta no sea posible, a la disminución de los mismos y de sus efectos concretando con carácter previo a la situación de embarazo y lactancia que puestos de trabajo estarían exentos de riesgo en la evaluación previa, facilitándose de este modo el proceso de cambio de puesto; en suma, especificar aquellas posibilidades de adaptación existentes en la empresa para los puestos de trabajo que conllevan riesgos durante el embarazo y/o lactancia tanto para la mujer como para el feto y/o el hijo.

En el horizonte de la negociación colectiva se apunta a algunas cuestiones susceptibles de producir mejora en el ámbito de la prevención de riesgos en situación de riesgo para la reproducción, embarazo y lactancia natural que pasarían por un plan de prevención con un fuerte compromiso empresarial que incluya las diferencias de género; una identificación, evaluación y prevención de riesgos laborales que defina las tareas y puestos de trabajo que puedan suponer un riesgo para este colectivo; la participación activa de delegados de prevención en la elaboración del listado de puestos de trabajo si riesgo; la existencia de un protocolo de actuación que será puesto en marcha toda vez la trabajadora comunique su estado; disponer de un procedimiento concreto para el cambio de puesto de trabajo en su caso; en fin, un conjunto de previsiones que han tenido poca recepción en los convenios colectivos vigentes.

CAPÍTULO XIV. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA SALUD: LA RACIONALIDAD SOCIAL SOBRE LA RACIONALIDAD ESTRICTAMENTE ECONÓMICA

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO
*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO DERECHO CONSTITUCIONAL: LAS COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTÓNOMICAS EN LAS PRESTACIONES SANITARIAS COMO PROBLEMÁTICA DE FONDO

El reparto de competencias afecta a las bases de la conformación territorial del Estado. poner el acento en el contenido recogido en los Estatutos de Autonomía e insistir en que han supuesto la ampliación contundente del marco competencial autonómico, desplaza el debate hacia la constitucionalidad de las reformas; por el contrario, relativizar en exceso la originalidad del articulado de los nuevos Estatutos, subrayando los aspectos meramente formales, si bien contribuye a diluir las dudas en torno a su constitucionalidad, no responde a la realidad de su contenido y –al mismo tiempo– devalúa el papel que están llamados a desempeñar en el siglo XXI¹.

En efecto, el Estatuto de Autonomía es la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico. Igualmente los Estatutos de autonomía deberán referirse al siguiente contenido: a) La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica; b) La delimitación de su territorio; c) La denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias; y d) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.

El establecimiento por el Sistema de Seguridad Social de un derecho a las prestaciones sanitarias está íntimamente relacionado con los principios de solidaridad y obligatoriedad: en virtud de los citados principios, todos deben pertenecer al esquema protector y contribuir al sostenimiento del sistema mediante la redistribución de rentas de manera que los sanos aportan para los enfermos según la capacidad de cada sujeto². En efecto, el individuo “*mediante el pago, no por supuesto de todo el costo, pero de una parte sustancial de este como una contribución, puede sentir que está obteniendo seguridad no como una caridad, sino como un derecho*”³.

Todo ello permite comprender la importancia de acometer un estudio científico riguroso de la conformación de nuestro Estado autonómico en el actual proceso de redefinición constituyente autonómico en la dirección de una ampliación del espacio de competencias regulativas (señaladamente en el ámbito sociolaboral). La línea de tendencia es sin duda el reforzamiento de un modelo de Estado complejo o compuesto, que se construye con base a la pluralidad efectivamente existente de centros articulados de impulso político en nuestro espacio geopolítico interno. En tal

¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en VV.AA.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARI, 2008, p. 72.

² APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Monereo Pérez, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.), Granada, Comares, 2002, p. 1560.

³ Plan de Beveridge, 1942.

sentido el artículo 2 CE reconoce y garantiza el derecho de autonomía de las nacionalidades y regiones (“Fragmentos de Estado”, en terminología de Georg Jellinek) que integran la Nación Española. Dicho precepto acoge el fundamento político-jurídico en base al cual se ha de organizar el reparto territorial del poder, a saber: la solidaridad como principio unificador en la dialéctica unidad y autonomía. El principio de solidaridad es inherente al constitucionalismo social por contraposición al constitucionalismo liberal. El valor de la solidaridad se proyecta entre las organizaciones o unidades políticas en las que se vertebra y articula internamente el Estado Autonómico (solidaridad entre las autonomías territoriales), y asimismo como elemento base de la construcción de la teoría de los derechos y libertades fundamentales (y no sólo de los derechos sociales). Ese derecho de autonomía se conjuga con el principio de unidad de la Nación que fundamenta el texto constitucional. En lo jurídico ello se traduce en la unidad jurídica (“cohesión formal”): se conforma un sistema jurídico complejo, que se concreta en una forma de Estado plurilegislativo en cuyo marco se produce una coexistencia articulada e integrada de diversos centros de producción normativa (Estado central y entidades políticas territoriales). La unidad lo es también desde un punto de vista jurídico material (racionalidad jurídica de fondo o material), pues se ha de procurar la cohesión material en la Constitución con base a los principios de solidaridad e igualdad material (artículos 1 y 9.2 CE). Es, en efecto, un sistema articulado e integrador porque el mismo texto constitucional diseña un cuadro de competencias (principio de competencia, como técnica jurídica del reparto funcional) y criterios de cohesión social (principio de solidaridad) y de coordinación internormativa dentro de un modelo de Estado autonómico necesariamente abierto. En este sentido la Constitución –acto e instrumento del poder Constituyente– refleja una decisión política previa⁴ sobre la organización de una comunidad política y de los valores fundamentales que la inspiran, donde adquiere una importancia extraordinaria el control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional. Es la Constitución el instrumento de decisión jurídico-político fundamental de organización de una determinada comunidad política. Pero la Constitución no es cualquier tipo de decisión fundamental: es una decisión política que se orienta hacia la integración (Smend)⁵ de la comunidad política reconociendo el pluralismo existente y la homogeneidad social (Heller)⁶. Preside la pluralidad de ordenamientos jurídicos (públicos y privados) y la conformación polisistémica interna del ordenamiento jurídico del Estado social autonómico⁷.

Es la Constitución el elemento unificante de ese ordenamiento polisistémico (Irti; Teubner; Arnaud). Ese carácter unificador se manifiesta en la articulación ordenamiento estatal-ordenamientos autonómicos a través de la instrumentación del principio de distribución competencial (principio de competencia), sobreañadido al principio de jerarquía normativa, y de la predisposición de típicas reglas de conflicto, esto es, criterios de solución y creación de un organismo especializado que entiende de la solución de los conflictos de competencia que se susciten (Tribunal Constitucional).

Este proceso constituyente estatutario pone al día aquella concepción, según la cual, la Constitución no contiene un modelo acabado, sino que establece una atribución sólo potencial de competencias a las CCAA abierto al tiempo histórico⁸. Por ello, desde hace tiempo el TC había observado que la propia configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como las Comunidades Autónomas, supone necesariamente, la diversidad de regímenes

⁴ Se ha advertido por Carl Schmitt que la Constitución es una decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política concreta. Véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, espec., pp.45 y ss.

⁵ SMEND, R.: *Constitución y Derecho constitucional*, trad. J. M^o. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985, espec., pp. 62 y ss., y 225 y ss.

⁶ HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo, Granada, Comares, 2002; ID.: *Escritos políticos*, edición de A. López Pina, Madrid, Alianza, 1987.

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en VV.AA.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARL, 2008, p. 78 y 79.

⁸ *Vid.* ARAGÓN, M. y RUBIO, F.: “La Jurisdicción constitucional en la Constitución Española de 1978”, en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y PREDIERI, A. (Dirs.) *et al.* *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1980, p. 810.

jurídicos, dentro de una necesaria armonización entre unidad y autonomía⁹. Ello exige reforzar los mecanismos de colaboración legislativa entre ambos titulares (Estado central y Unidades políticas autonómicas) del poder legislativo. Se busca conciliar la unidad del Estado (y la tutela de intereses generales en todo el Estado Autonómico) y el ejercicio del derecho al autogobierno de las CCAA (y la tutela diferenciada de intereses específicos en el ámbito geopolítico de cada unidad política territorial autónoma)¹⁰.

De acuerdo con el artículo 41 CE, “*los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”. Y de acuerdo con el artículo 43 CE: “*1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio*”.

Es obvio que la salud es un derecho social fundamental que se incardina en el derecho a la seguridad social. Sin embargo, localizamos problemas de distribución competencial por la dualidad de previsiones existentes. En otros términos: si la delimitación competencial entre Estado y CCAA en materia de Seguridad Social genera problemas interpretativos y aplicativos, la distribución competencial en materia sanitaria se encuentra con la dificultad añadida de la dualidad de previsiones existentes dentro del texto constitucional¹¹. En este sentido, es extremadamente complejo clarificar si dentro del concepto de Seguridad Social del artículo 41 CE debería considerarse incluida la asistencia sanitaria o, por especialidad, hay que estar en exclusiva al artículo 43 CE¹².

Lo que sí está claro –al menos a nuestro juicio– es el parámetro de la universalización que engloba a la Seguridad Social. Concretamente la universalización subjetiva de la cobertura de la Seguridad Social (régimen público para todos los ciudadanos), en el sentido de que en la CE se detecta una vocación universalista, pro-asistencial, aunque sin llegar al extremo de afirmar la existencia de un modelo acabado de corte universalista¹³. En efecto, la CE marca como camino a seguir por los poderes públicos (*ex* artículos 53.3 y 9.1 CE) la extensión de la protección social a todos los ciudadanos, de forma que el ideal de cobertura constitucional será que toda la población esté protegida ante situaciones de necesidad¹⁴.

El derecho a salud (como derecho de estructura jurídica compleja que comprende, entre otros derechos, el derecho a la asistencia sanitaria) recogido en los textos internacionales sobre derechos humanos tiene una formulación universalista¹⁵, toda vez que se atribuye a toda persona, lo que es coherente con la elevación de reconocimiento de la “persona” (más allá del simple “*sujeto*” de derecho) en los textos de valor o rango fundamental. Estos textos se sitúan en la estela de la misma configuración subjetiva que la consagrada en el artículo 25 de la Declaración Universal de los

⁹ STC 88/1986, de 1 de julio, fundamento jurídico 6º [RTC 1986\88].

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. Y DÍAZ AZNARTE, M. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en VV.AA.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARL, 2008, p. 99.

¹¹ MONTOYA MELGAR, A.: “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (apunte para un estudio)”, en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004.

¹² MALDONADO MOLINA, J. A.: “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en VV. AA.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Granada, Comares, 2007, p. 99.

¹³ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y constitución*, Madrid, Civitas, 1995, p. 35.

¹⁴ MALDONADO MOLINA, J. A.: “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en VV. AA.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Granada, Comares, 2007, pp. 101 y 102.

¹⁵ *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección de la salud”, en VV. AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012. MONEREO PÉREZ, J. L.: “La salud como derecho humano fundamental”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 9, 2014, pp. 53 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la salud”, en VV. AA.: *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014, *passim*.

Derechos Humanos (“*toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad*”), y el artículo 12 del Pacto Internacional (“*derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”). Todo lo anterior pone de manifiesto que estamos ante un derecho generalizadamente reconocido como un derecho social fundamental *universalista*¹⁶.

El derecho a la salud no puede ser un simple principio programático; en efecto, como derecho atribuido a la “*persona*”, no puede quedar limitado a los “*ciudadanos*” (o mejor dicho, a determinados ciudadanos), lo que debe ser extensible a todas las personas que se encuentren en el espacio de la Unión Europea y requieran de atención sanitaria en cualquiera de sus manifestaciones. Es una consecuencia de su configuración como derecho social de prestación universalista de toda persona necesitada de protección de su salud –titularidad subjetiva universalista donde cuenta, ante todo, el *status de persona* en situación de necesidad–. Por tanto, el derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales que consideran a la persona en su dimensión existencial. No obstante, se trata de un derecho social condicionado a las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales.

Igualmente, el derecho a la protección de la salud es un derecho social fundamental de desmercantilización de los modos de satisfacción del conjunto de las necesidades a él vinculadas y de carácter primario –derecho fundamental básico–. La protección de la salud y, en particular, de la asistencia sanitaria, constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo y un núcleo principal del Estado Social¹⁷.

El contenido mínimo (no máximo) de este derecho no queda diferido sin más a los Estados pues es obligatorio remitirse al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC (artículo 12)¹⁸, a la Carta Social Europea, los Convenios de la OIT y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión.

De acuerdo con el artículo 12.2.d) del PIDESC, los Estados nacionales deben garantizar las “*condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*”. Por tanto, este derecho a la protección de la salud impone un comportamiento institucional activo (no pasivo y menos negativo) por parte de los poderes públicos para la predisposición de los servicios y medidas preventivas frente al surgimiento de los riesgos sobre la salud.

Por otro lado, no debe desconocerse que la asistencia sanitaria constituye una de las prestaciones o ramas específicas de Seguridad Social, y por tanto vinculada con el derecho a la Seguridad Social en la normativa internacional y europea *ex* artículo 34 de la CDFUE. Esto no queda neutralizado por el dato normativo de que tenga un reconocimiento específico, precisamente para reforzar su tutela dentro del sistema jurídico –*vid.* artículo 35 CDFUE–. En este sentido, no debe confundirse lo que es técnica y conceptualmente “Seguridad Social” de los diversos modelos jurídico-materiales de instrumentar el sistema institucional predispuesto para organizar su protección pública dentro del ordenamiento jurídico. Esa “*pertenencia*” y “*encuadramiento*” lo es también en el ordenamiento jurídico de la Unión, pues el propio artículo 34.1 CDFUE establece que la “*Unión reconoce y respeta el derecho a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad...*”; y el artículo 35 CDFUE, referido a la protección de la salud, establece que “*toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las*

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 835.

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la protección de salud. Artículo 11 de la Carta Social Europea”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, MONEREO ATENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017, p. 597 y 598.

¹⁸ Para el CDESC, el concepto del “más alto nivel posible de salud”, al que hace referencia el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado.

condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”.

Y de acuerdo con el artículo 11 de la Carta Social Europea, “*para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras*”. Y el artículo 13 del mismo texto normativo, en referencia al derecho a la asistencia social y médica, dispone lo siguiente: “*para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado. 2. A velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales. 3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar. 4. Aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes Contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953”.*

En nuestro país –pese a su ubicación sistemática inadecuada y deficiente dentro del capítulo III del Texto Fundamental (artículo 43 CE) y el sistema debilitado de garantías *ex* artículo 53 CE– no cabe duda que el derecho social a la salud –como rama específica dentro de la Seguridad Social– es, como la mayoría de los derechos sociales, un derecho social a prestaciones, un derecho social de desmercantilización que pretende lograr mediante la atribución de una posición estatutaria un grado suficiente de inmunidad del individuo respecto a su posición de poder jurídico en las relaciones de mercado. Por lo demás, en una interpretación sistemática del texto constitucional la cláusula de interpretación de reenvío a la normativa internacional de carácter fundamental regulador de la materia en el artículo 10.2 CE permite incorporar el estándar mundial y europeo conseguido como delimitado del alcance específico del derecho a la Salud y a la asistencia sanitaria en particular. Obvio es decir que los “derechos fundamentales sociales” son verdaderos derechos en sentido jurídico.

Por otra parte, una característica potencial y sistemáticamente distorsionante del tratamiento constitucional de la Seguridad Social –en la que se inserta la rama de la protección de la salud y en particular la asistencia sanitaria– es la dispersión en diversos preceptos que no obstante lo cual forman parte de un mismo grupo o bloque normativo constitucional de conformación diversificada y en ciertos aspectos heterogénea (artículos 41, 43 –precepto que constitucionaliza el derecho social a la salud y que en sentido estricto debe quedar comprendido dentro de la acción protectora de la Seguridad Social–, 49, 50, 149.1.17^a; y todos ellos en relación con el canon hermenéutico *ex* artículo 10.2 de la Constitución). La consecuencia sistemática es la disgregación del contenido clásico de la Seguridad Social. Pero ese tratamiento diversificado por categorías de prestaciones o ramas de protección viene a reproducir una técnica garantista habitual en la normativa internacional general y europea y no tiene por qué afectar por sí mismo a la relación jurídico-constitucional de un *grupo o bloque normativo constitucional de orientación finalista* en cuanto encaminado a la garantía efectiva e institucional del derecho a la Seguridad Social y en particular al derecho a la salud como uno de los típicos y clásicos derechos de Seguridad Social¹⁹.

En el sentido indicado, no es posible separar el derecho reconocido *ex* artículo 41 CE –derecho a la Seguridad Social– del reconocido *ex* artículo 43 CE –derecho a la protección de la salud–. Cuestión diversa será, por supuesto, que en el ejercicio de la libertad de opción que tiene el legislador para llevar a la práctica este derecho se instrumente, esto es, se organice, se gestione y se preste el

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho a la Seguridad Social”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.), Granada, Comares, 2002, p. 1430 y pp. 1438 y 1439.

derecho a la asistencia sanitaria como contenido inexorable del derecho a la acción protectora de la Seguridad Social, desde un subsistema protector institucional diferente o diferenciado, como es el Sistema Nacional de Salud. Ni el modo o instrumento de financiación de la prestación sanitaria –ya sólo a cargo de los Presupuestos Generales del Estado–, ni la atribución orgánica de las competencias de dirección política a un Ministerio específico, ni tan siquiera la mayor capacidad normativa, a raíz de la concurrencia de otros títulos competenciales –artículo 148.1.21ª CE: Sanidad e Higiene– que pueden esgrimir las Comunidades Autónomas, son razones suficientes para predicar la independencia conceptual y normativa de la Asistencia Sanitaria respecto de la Seguridad Social, por más que sea una tendencia político-institucional defendida desde muchos puntos de vista.

La salud se configura como un derecho social fundamental de carácter primario vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona. De este modo se sitúa a la persona en el centro de su atención. Y así es reconocido en la Normativa Internacional, General y Europea, sobre los derechos fundamentales, que lo consagran con una proyección universalista. Esta formulación universalista es coherente con la elevación del reconocimiento de la “persona” en los textos de valor y de rango fundamental. Es un derecho inclusivo e indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. El derecho a la salud impone a los poderes públicos la obligación de que, en vía jurídica y de política del Derecho, garanticen efectivamente los servicios, prestaciones y cuidados exigidos para la satisfacción plena de este derecho social²⁰.

Llegamos a la conclusión de que la protección de la salud de las personas que están presentes en una determinada comunidad es un auténtico valor superior, propugnado por todo Estado que se precie y se tenga por moderno y civilizado. Queda claro que el valor de la salud se ha de realizar a través de diferentes ámbitos de actuación, que a su vez conforman diversos (sub)ordenamientos jurídicos, pero no puede entenderse la protección de la salud sin el reconocimiento y garantía efectiva de un derecho subjetivo de las personas a un adecuado sistema de prestaciones de asistencia sanitaria. En consecuencia, no es posible separar íntegramente el derecho reconocido *ex* artículo 41 CE –derecho a la Seguridad Social– del reconocido *ex* artículo 43 CE –derecho a la protección de la salud–. Cosa bien distinta será que el derecho a la asistencia sanitaria se preste a través del Sistema Nacional de Salud²¹.

La asistencia sanitaria se configura en el ordenamiento jurídico español como un derecho subjetivo, pero constitucionalmente se reconoce a través de una técnica de garantía débil, como es la de los “principios rectores de la política social y económica”. En consecuencia, sin perjuicio de su naturaleza de auténtico derecho constitucional y su innegable valor normativo, lo cierto es que su sentido y alcance dependerán prácticamente de la concreción que le den las leyes de desarrollo (artículo 53.3 CE).

Y es aquí donde se hace inevitable referirnos a tres recientes sentencias del Tribunal Constitucional que suponen un evidente retroceso en la materia sanitaria y la des-universalización del derecho a la salud. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre; sentencia del Tribunal Constitucional 140/2017, de 30 de noviembre; y sentencia del Tribunal Constitucional 145/2017, de 14 de diciembre.

²⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 845.

²¹ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2017, pp. 512.

II. LA PRIORIDAD DE LA RACIONALIDAD ESTRICTAMENTE ECONÓMICA EN MATERIA SANITARIA: LA MERMA DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL Y UNIVERSAL

1. LA SENTENCIA CON LA QUE COMIENZA UNA NUEVA ETAPA EN MATERIA SANITARIA: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 134/2017, DE 16 DE NOVIEMBRE

Resuelve el Tribunal Constitucional, en fecha 16 de noviembre de 2017, el conflicto positivo de competencias planteado contra los artículos 1, 2 (apartados 2 y 3), 3, 4, 5, 6 (apartados 1 y 2), 7 (apartados 2 y 3), 8 (apartados 1 y 2) y Disposición Final Primera del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Para el Pleno del Tribunal Constitucional el ámbito material más estrechamente relacionado con la controversia constitucional es el correspondiente a la sanidad –artículo 149.1.16 CE–. En este sentido, en lo que respecta a la determinación de las condiciones de asegurado y de beneficiario del sistema de salud y la complementación de las condiciones financieras básicas en que se desarrolla la prestación farmacéutica, es el título competencial previsto en el artículo 149.1.16 CE –sobre sanidad– el que tiene carácter prevalente –en detrimento del artículo 149.1.17 CE–.

En efecto, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, *“el título competencial específico sobre sanidad recogido en el artículo 149.1.16 CE prevalece sobre el referido a la materia de Seguridad Social previsto en el artículo 149.1.17 CE”*, pues se ha afirmado que el hecho de que *“el Real Decreto-ley 16/2012 se haya decantado por configurar un régimen de acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, basado en el principio del aseguramiento no determina que la materia haya de encuadrarse en el título competencial de Seguridad Social”*. Así, de acuerdo con la doctrina del Alto Tribunal, *“a pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (artículo 149.1.17 CE)”*²².

La doctrina de este tribunal ha desarrollado la concepción de las bases como un mínimo común uniforme pero mejorable por parte de las Comunidades Autónomas al hilo de interpretar el alcance de lo básico en una serie de materias como es la de las prestaciones sanitarias, en la que el Estado dispone, *ex* artículo 149.1.16 CE, de la capacidad para establecer las normas básicas y la coordinación, correspondiendo a las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo de las bases y la ejecución. En este sentido, si bien es la primera vez que se plantea ante este Tribunal de un modo directo la cuestión de la naturaleza de la regulación básica del elemento subjetivo del Sistema de Salud, en las SSTC 63/2017 y 64/2017, ambas de 25 de mayo, a propósito del ámbito objetivo de dicho sistema, ya se constató que, en este último, las bases dejaban un margen de mejora a las Comunidades Autónomas, pero no así en cuanto a la determinación de quienes podían ser asegurados o beneficiarios –ámbito subjetivo–.

Pues bien, una vez que el Tribunal Constitucional ya ha reconocido como básico el artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción proporcionada por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012 – éste último precepto es el que delimita, a efectos del Sistema Nacional de Salud, el ámbito de quienes ostentan la condición de asegurado y de beneficiario– lo que ahora procede es determinar si la normativa básica estatal colma en su integridad el ámbito subjetivo del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, de tal manera que en el Sistema Nacional de Salud establecido para todo el territorio del Estado, el derecho de acceso a la cartera de prestaciones sanitarias tenga el mismo nivel de cobertura subjetiva.

²² *Vid. también STC 98/2004, de 25 de mayo, fundamento jurídico 5º [RTC 2004\98]; STC 136/2012, de 19 de junio, fundamento jurídico 3º [RTC 2012\136]; y más recientemente STC 64/2017, de 25 de mayo (fundamento jurídico 3º).*

Para el Tribunal Constitucional el artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción proporcionada por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012, permite advertir la clara vocación de exhaustividad de este precepto: el eje central sobre el que se asienta el derecho a las prestaciones sanitarias viene delimitado por los conceptos nucleares de asegurado y beneficiario, que son los títulos jurídicos que habilitan para el ejercicio de aquel derecho. El Real Decreto-Ley 16/2012 ha diseñado un sistema de bases que, en palabras de la STC 139/2016, *“supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud”*, toda vez que los criterios de delimitación de la titularidad del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, ahora seleccionados, son diferentes a los que establecía la anterior redacción del artículo 3 de la Ley 16/2003, que atendía a otros parámetros distintos.

Por tanto, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el artículo 3 de la Ley 16/2003, a excepción del supuesto residual de la suscripción del convenio especial.

El artículo 2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio, después de disponer que *“en la Comunidad Autónoma de Euskadi podrán recibir las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por tener la condición de asegurados o beneficiarios del mismo”* (artículo 2.1 no impugnado), dispone en sus apartados 2 y 3 que *“también recibirán idénticas prestaciones sanitarias”*, en primer lugar, los que dispusieran *“de Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012”* y, en segundo término, aquellas *“personas que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos”* recogidos en el apartado 3 del citado precepto.

Estos requisitos a los que se refiere este apartado 3 son los siguientes: empadronamiento en cualquier municipio de Euskadi con antigüedad de un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud del reconocimiento de la prestación sanitaria, percepción de prestaciones integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos o tener ingresos inferiores a lo determinado para la renta básica de inclusión y protección social, y carecer de toda posibilidad de acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título.

Para el Tribunal Constitucional se aprecia que el precepto reglamentario vasco –artículo 2.2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio– se halla en contradicción con la normativa básica estatal, toda vez que mientras que la norma vasca reconoce indefinidamente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, la normativa estatal únicamente lo limita temporalmente hasta el 31 de agosto de 2012, de tal manera que, a partir de esa fecha y conforme a la normativa estatal, tales personas habrían perdido el derecho de acceso a la cobertura sanitaria financiada con fondos públicos. En suma, *“conforme al sistema de distribución de competencias anteriormente examinado, el apartado de la norma vasca de referencia resulta, pues, contrario a la normativa básica estatal, que sólo reconoció a estas personas el derecho a la prestación sanitaria durante un período de tiempo muy limitado y no de modo indefinido, resultando, en consecuencia, ambas regulaciones incompatibles, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad y nulidad”*.

En lo que atañe al artículo 2.3 del Decreto 114/2012, de 26 de junio, para el Tribunal Constitucional, también se aprecia una contradicción incompatible con la regulación de la normativa básica del Estado: *“el establecimiento en la normativa autonómica de un derecho de acceso a las prestaciones sanitarias en las mismas condiciones que los beneficiarios y asegurados supone desconocer la previsión estatal referida, que exige para que se pueda dar tal acceso la existencia de una contraprestación o pago de una cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Se constata así que existe una efectiva e insalvable contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica que determina que deba estimarse el conflicto en este punto y declararse, también, la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 3 del artículo 2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio”*.

En el fallo de la sentencia, el Tribunal Constitucional decide estimar parcialmente el presente conflicto positivo de competencia, y declarar que son contrarios al orden constitucional de distribución de competencias y, en consecuencia, inconstitucionales y nulos los preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional

de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi que a continuación se enuncian: a) Del artículo 1, el inciso “*a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo*”. b) Los artículos 2 (apartados 2 y 3), 3, 4 y 5.c). Del artículo 7, apartado 2, el inciso: “*así como las personas a las que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 2 de este Decreto*”. d) Del artículo 8.1: el apartado a). Del apartado b): los incisos “*pensionistas*”, “*mayores de 65 años*”, “*personas viudas*”, “*personas huérfanas menores de 18 años*” y “*personas con minusvalía en grado igual o superior al 33 %*”. e) De la Disposición Final Primera, el inciso: “*para dictar las disposiciones precisas para la emisión del documento identificativo previsto en el artículo 5 y...*”.

Frente a la decisión del Pleno del Tribunal Constitucional se localizan dos Votos Particulares. Para el primero de ellos²³, el conflicto debería haber sido desestimado y haberse declarado la capacidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco de ampliar el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias. Se fundamenta este Voto Particular de la siguiente manera: “*las Comunidades Autónomas pueden, respetando el mínimo establecido por el Estado, mejorar las prestaciones sanitarias para sus residentes, asumiendo el coste de estas mejoras, que en ningún caso deben estar incluidas en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*”. En efecto, “*el precepto estatal de referencia no restringe la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, siempre que, lógicamente, sea respetado tal mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional del derecho al disfrute de las prestaciones sanitarias*”. Y en este sentido, una vez cumplido el mínimo común denominador establecido por el Estado, no se “*excluye la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan ampliar el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias*”.

En otros términos: la razón no es otra que la de considerar que una doctrina, que se encuentra ya consolidada en el ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, tendría también que haber sido aplicada por el Tribunal Constitucional al mencionado ámbito subjetivo de las prestaciones. Así, para el caso de la sanidad, la capacidad del Estado debe consistir en preservar la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, lo que no impide que las normas dictadas por las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivas competencias, puedan mejorar ese mínimo común denominador en su ámbito territorial. Para ello, la propia Comunidad Autónoma deberá establecer una previsión financiera con cargo a sus propios presupuestos por estar sujeta a la exigencia de contar con la garantía previa de suficiencia financiera. En definitiva, las Comunidades Autónomas pueden y deben, respetando el mínimo establecido por el Estado, mejorar las prestaciones sanitarias para sus residentes, asumiendo el coste de estas mejoras, que en ningún caso deben estar incluidas en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

Termina este Voto Particular describiendo la realidad existente en materia sanitaria: “*no está de más decir que los apartados del artículo 2 declarados inconstitucionales venían a responder al sentido imperante que, sobre esta materia, subyace en la realidad social del año 2017, toda vez que la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas, bien de iure, bien de facto, han ido configurando, de modo progresivo, un sistema de prestación asistencial que ha venido a extender el ámbito subjetivo de cobertura a sectores desfavorecidos de la comunidad social, hasta el punto de ampliar la efectividad del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias a colectivos de personas que, conforme a la normativa básica estatal, no podrían recibirla*”.

El segundo de los Votos Particulares²⁴ discrepa con la totalidad de la sentencia del Tribunal Constitucional. De acuerdo con este Voto Particular, ante la constatación de que la reforma del Sistema Nacional de Salud ha dejado sin cobertura sanitaria a determinados colectivos, el mínimo estatal –que antes era universal– resulta ahora susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas, con fundamento general en el principio de autonomía y fundamento específico en la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad.

²³ Voto particular formulado por el magistrado D^o. Antonio Narváez Rodríguez.

²⁴ Formulado por los Magistrados D^o. Fernando Valdés Dal-Ré, D^o. Juan Antonio Xiol Ríos, D^o. Cándido Conde-Pumpido Tourón y la Magistrada D^a. María Luisa Balaguer Callejón.

En efecto, en este voto se defiende que las prestaciones públicas sanitarias son susceptibles de mejora si así lo deciden las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales: *“al hacerlo así actúan en el espacio normativo que es propio de la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad, sometida al principio de solidaridad y a la existencia de financiación propia, principios que condicionan pero en modo alguno cercenan el principio de autonomía”*. Esta argumentación queda englobada dentro de la concepción consustancial de la diversidad territorial que otorga a nuestro ordenamiento jurídico una estructura compuesta que supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos, pues la autonomía significa precisamente la capacidad de adoptar políticas propias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Así lo señaló la STC 98/2004, de 25 de mayo (fundamento jurídico 7), añadiendo que esa regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español debe ser entendida, sin perjuicio *“bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias [...], dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos”*. Y es que la Constitución Española solo puede ser comprendida e interpretada en un ámbito de unidad. Cualquier otra interpretación sería errónea o incompleta.

Al entrar a contrastar la norma vasca con la legislación básica estatal, el Tribunal Constitucional convierte *“la legislación básica en un muro rígido e infranqueable, que impide por completo el despliegue de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo”* lo que termina por actuar en contra *“de las competencias normativas compartidas en un Estado de estructura plural”*. En efecto, no puede el Estado iniciar y finalizar el desarrollo legislativo de una competencia compartida: *“no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo”*. Y es que la norma vasca objeto de controversia en este recurso ante el Alto Tribunal constituye un ejercicio plenamente legítimo de la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma del País Vasco de acuerdo a su Estatuto de Autonomía. El Decreto vasco destaca en su preámbulo que los términos de esta iniciativa *“son los propios de toda ampliación o mejora del ordenamiento básico que le es propio al espacio competencial autonómico”*, contando con *“la garantía previa de la suficiencia financiera en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria”*, y confirmando que *“conlleva sin duda la asunción con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi de todos los costes de aplicación de las prestaciones sanitarias públicas a las personas a las que se dirige el ámbito subjetivo de este Decreto”*. Cumple así con los criterios fijados por el Tribunal a partir de la STC 98/2004, sentencia que la norma vasca invoca acertadamente en el preámbulo del texto. Al final, se reduce a mera retórica las enfáticas consideraciones previas *“sobre el valor de los principios rectores (concretamente, del derecho a la protección de la salud del artículo 43 CE) como decisiones axiológicas jurídico-objetivas que deben presidir la interpretación del modelo de distribución de competencias”*.

Por tanto, lo que está vedado al legislador autonómico es precisamente lo contrario: no puede empeorar el régimen de financiación de la prestación farmacéutica haciéndolo más gravoso para el usuario. Sin embargo, con esta sentencia se introduce una quiebra en la jurisprudencia constitucional que hasta el momento presente ha delimitado las competencias estatales y autonómicas en materia de sanidad, pues se *“anula una norma autonómica que trata de garantizar el derecho a la protección de la salud de colectivos especialmente vulnerables, mediante una ampliación de las prestaciones sanitarias que encaja perfectamente en el modelo constitucional de distribución de competencias”*.

Por último, en este Voto Particular se realizan unas reflexiones generales, las cuáles, no podemos pasar desapercibidas. Al respecto, se afirma que algunas Comunidades Autónomas han procedido, como es el caso del País Vasco, a afrontar el problema de manera abierta y directa, plasmando dichas medidas en disposiciones de carácter normativo; en cambio, la mayoría de las Comunidades Autónomas han elegido opciones políticas extremas y camufladas de carácter indirecto e informal, al estilo del dictado de instrucciones a los centros sanitarios de su competencia de que faciliten a todos los ciudadanos, con criterios de gratuidad y al margen de su situación jurídica o de su nacionalidad, las prestaciones sanitarias precisas para garantizar su derecho a la salud.

El interrogante que de manera inmediata emerge en este entorno fáctico es el siguiente: *“la vía informal de mejora de la legislación básica en materia de sanidad ¿constituye el único recurso del que pueden disponer las Comunidades Autónomas para procurar combatir la exclusión social derivada de una política restrictiva y centralizadora en materia sanitaria que, además y a nuestro juicio, resulta de todo punto incompatible con el concepto constitucional de bases tal y como el mismo ha sido acuñado por este Tribunal? Una respuesta afirmativa, que es la que de manera silente ha venido a validar la sentencia de nuestra discrepancia, no solo confronta con la cláusula social enunciada en el art. 1.1 de nuestro texto constitucional; adicionalmente cuestiona tanto el principio de seguridad jurídica, en su condición de pilar y motor del Estado de Derecho, como la estructura compleja de nuestro sistema político”*.

2. LA CONTINUACIÓN DE LA MERMA DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL Y UNIVERSAL: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 140/2017, DE 30 DE NOVIEMBRE

Referenciamos que en esta Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2017, de 30 de noviembre, se hacen múltiples remisiones a la sentencia STC 134/2017 de 16 de noviembre, por lo que solo haremos unas breves referencias a lo que estimemos pertinente. En esta sentencia se interpone recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra.

Comienza el Tribunal Constitucional refiriéndose a su propia jurisprudencia: *“como recuerda la STC 210/2016, de 15 de diciembre, FJ 5, la regulación relativa a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud se encuadra en el ámbito de las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE)”*. En efecto, *“debemos concluir que el ámbito material más estrechamente relacionado con la presente controversia constitucional es el correspondiente a la “sanidad” (art. 149.1.16 CE). Como título competencial específico y preferente, prevalece sobre el referido a la materia de Seguridad Social (art. 149.1.17 CE). Asimismo debe descartarse a estos efectos la competencia estatal del artículo 149.1.1 CE, que queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad ex artículo 149.1.16 CE, más específica”*.

Establece el Alto Tribunal que se debate la *“inconstitucionalidad mediata o indirecta, por derivar la posible infracción constitucional, no de la incompatibilidad directa de las disposiciones impugnadas con la Constitución, sino de su eventual contradicción con preceptos básicos estatales”*. En este tipo de conflictos, para el Tribunal Constitucional, el éxito de la impugnación requerirá, de un lado, *“la constatación de que en efecto la norma estatal reúne la condición de básica y que, por lo tanto, ha sido dictada al amparo de la distribución constitucional de competencias”*. De otra lado, *“habrá de verificarse si existe una verdadera y real contradicción entre la norma impugnada y la norma estatal básica que no pueda ser salvada con una interpretación de la norma cuestionada conforme con la Constitución (STC 4/1981, de 2 de febrero), toda vez que el principio de conservación de la ley (SSTC 63/1982, de 20 de octubre, y 16/1998, de 26 de enero) habilita a este Tribunal para concluir que, de esa manera interpretada, la norma impugnada no sería contraria al orden constitucional de competencias”*²⁵.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, *“estando la prestación farmacéutica ambulatoria incluida entre las prestaciones de la cartera común suplementaria, sólo al Estado corresponde, en virtud de su competencia exclusiva sobre “bases y coordinación general de la sanidad” (art. 149.1.16 CE), conforme a la citada doctrina constitucional, determinar los supuestos y las condiciones en los que procede la financiación adicional de esa prestación con cargo al usuario del servicio (tasa o copago) (STC 64/2017, de 25 de mayo, FJ 6)”*.

Como comentábamos, se remite el Tribunal Constitucional a la reciente STC 134/2017, cuando afirma lo siguiente: *“introduce diferencias en las condiciones de aportación de los usuarios y, por tanto, en las condiciones de financiación de los medicamentos fijadas en la normativa básica estatal, que no se corresponden con los criterios que determina la norma básica estatal, lo que determina la estimación del conflicto”* para terminar declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de aquellos preceptos e incisos de la Ley Foral 18/2012 que contradicen la normativa básica estatal.

²⁵ STC 91/2013, de 22 de abril, fundamento jurídico 2º [RTC 2013\91]

Por tanto, afirmado el carácter formal y materialmente básico de la norma estatal de contraste, el Tribunal Constitucional confirma “la contradicción entre aquella y la norma autonómica cuestionada”, declarando inconstitucionales y nulos los artículos, apartados e incisos de la Ley Foral 18/2012 a los que se refiere en su sentencia.

Al igual que la sentencia anterior del Tribunal Constitucional destaca el voto particular que formulan los Magistrados D^o. Fernando Valdés Dal-Ré, D^o. Juan Antonio Xiol Ríos, D^o. Cándido Conde-Pumpido Tourón y la Magistrada D^a. María Luisa Balaguer Callejón, los cuales, se remiten al Voto Particular emitido en la ya comentada STC 134/2017, de 16 de noviembre.

3. LA CONFIRMACIÓN DE LA REGRESIÓN DEL DERECHO A LA SALUD: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 145/2017, DE 14 DE DICIEMBRE

En esta sentencia se interpone recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana.

Comienza el TC examinando la vulneración competencial denunciada. Para ello se remite a la STC 134/2017, de 16 de noviembre, que aborda un problema constitucional similar al del presente recurso al haberse ya pronunciado acerca de sí en el Sistema Nacional de Salud, el derecho de acceso a la cartera de prestaciones sanitarias debe tener el mismo nivel de cobertura subjetiva. En efecto, y para el TC, la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el artículo 3 de la Ley 16/2003. La determinación de la condición de asegurado y beneficiario cumple la doble exigencia de ser formal y materialmente básica, pues se encuentra recogida en una norma de rango de ley considerándose por la doctrina del TC como materialmente básica.

Por ello, continúa el Alto Tribunal examinando la constitucionalidad mediata: en efecto, se analiza si el reconocimiento en el Decreto Ley 3/2015 del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias de una serie de colectivos que no se encuentran identificados como asegurados o beneficiarios en la normativa básica estatal entra o no en contradicción efectiva e insalvable por vía interpretativa con la norma básica referida.

Al hilo de lo anterior establece el TC lo siguiente: “*el citado decreto extiende el acceso a las prestaciones sanitarias a las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España y con residencia efectiva en la Comunidad Valenciana, que no tenga la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y que no puedan exportar el derecho a cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud desde sus países de origen, ni exista un tercero obligado a pago. De este modo, de forma expresa, lo que lleva a efecto esta norma es una ampliación de la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones no contemplado por la normativa estatal, que como hemos señalado, incluye entre los sujetos que tienen la condición de asegurados a los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, pero no a los que no están registrados ni autorizados como residentes en España*”.

En consecuencia, termina el Alto Tribunal considerando que el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana, debe declararse inconstitucional y nulo por vulneración del artículo 149.1.16 CE.

Al igual que en las dos sentencias anteriores analizadas en este texto, deben destacarse los dos votos particulares formulados, por un lado, por los Magistrados D^o. Fernando Valdés Dal-Ré, D^o. Juan Antonio Xiol Ríos, D^o. Cándido Conde-Pumpido Tourón y la Magistrada D^a. María Luisa Balaguer Callejón, y, por otro lado, el formulado por el Magistrado D^o. Antonio Narváez Rodríguez. Ambos Votos Particulares se remiten a los ya emitidos en la STC 134/2017, de 16 de noviembre.

III. REFLEXIONES JURÍDICAS: LA ELECCIÓN POR LA RACIONALIDAD ECONÓMICA EN EL DERECHO SANITARIO

Partimos de que el Estado se conforma como un Estado plurilegislativo donde el poder legislativo se distribuye entre las distintas Unidades Territoriales cuya legitimidad está constitucionalizada. En esta dirección, un examen atento y detenido de los artículos 149.1.16 CE (“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos”) y 148.1.21^a CE (“Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: Sanidad e higiene”) pone de relieve que, con mayor o menor intensidad, se contienen auténticas competencias compartidas por el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la asistencia sanitaria. Junto a los artículos 149.1.16 CE –competencia exclusiva estatal en materia de sanidad exterior– y 148.1.21 CE –competencias autonómicas en materia de sanidad e higiene–, debe tenerse presente el artículo 149.1.17 CE, según el cual, el Estado tiene competencia exclusiva en la “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”.

Al hilo de lo anterior, debe tenerse en cuenta el contenido de artículo 149.1.1 CE. Este precepto atribuye al Estado la competencia exclusiva en “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. ¿Y qué dice el Tribunal Constitucional sobre el contenido de artículo 149.1.1 CE?

Para el Alto Tribunal, “el art. 149.1.1^o CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento –eso sí, entero– de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho [...], no lo es menos, sin embargo, que la competencia “ex” art. 149.1.1^o CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias”. Por otra parte, “constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante, constreñido al ámbito normativo, lo que permite al Estado una “regulación”, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico”. En definitiva, y para recapitular, “el art. 149.1.1^o CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica, ni tampoco como un título residual, aunque la normación del derecho por virtud de esta competencia sea limitada, no ya sólo porque no se inscriba en la dinámica de las bases-desarrollo, en la que siempre ha de restar un espacio normativo para las Comunidades Autónomas, sino, más exactamente, como ha quedado razonado, porque las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico. En tal contexto, no debe olvidarse que la “igualdad de todos los españoles” representa el elemento teleológico o finalista del título competencial que aquí se considera, el único que justifica y ampara el ejercicio de la competencia estatal”²⁶. Pero, ¿cuál es el contenido o significado de las condiciones básicas?

Una comprensión sistemática del entero orden competencial lleva a concluir, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, que las condiciones básicas hacen referencia al contenido primario del derecho²⁷, a las posiciones jurídicas fundamentales que se refieren a las facultades elementales, a los límites esenciales, a los deberes fundamentales, a las prestaciones básicas y a ciertas premisas o presupuestos previos –entre otras cosas–. En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad

²⁶ STC 61/1997, de 20 marzo [RTC 1997\61].

²⁷ STC 154/1988, de 21 julio [RTC 1988\154].

formal absoluta. Es por ello que establece el Tribunal Constitucional lo siguiente: “*si por condiciones básicas hubiera de entenderse cualquier condición material, obligado sería concluir que esa interpretación tan amplia habría de conducir a un solapamiento con otras competencias estatales explicitadas en el art. 149.1 CE o, lo que es peor, a una invasión de las competencias autonómicas*”.

De este modo las condiciones básicas, y de una interpretación literal del artículo 149.1.1° CE en relación con los preceptos enjuiciados permite entender que al Estado le compete regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos. Pero el contenido del artículo 149.1.1° CE no habilita para establecer una regulación uniforme, ni esa pretendida uniformidad puede servir de pretexto para anular las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que posean competencia²⁸.

En definitiva, la función que al Estado encomienda el artículo 149.1.1° CE ha de desarrollarse sin desconocer el régimen competencial diseñado en el resto del precepto y en los Estatutos de Autonomía y sin que el Estado pueda asumir funciones que, más que garantizar condiciones básicas de igualdad, ampararían la infracción del orden constitucional de competencias²⁹.

En este mismo sentido, “*lo básico, por una parte y desde una perspectiva constitucional*” consiste “*en el común denominador normativo para todos en un sector determinado, pero sin olvidar, en su dimensión intelectual, el carácter nuclear, inherente al concepto. Lo dicho nos lleva a concluir que lo básico, como propio de la competencia estatal en esta materia, cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos*”. El recíproco engranaje de la competencia estatal y de las autonómicas en la materia, visto así, “*lleva a la convicción de que lo básico tiene aquí simultáneamente carácter mínimo, como patrón indispensable para la protección*”. Se trata pues, “*de una estratificación de la materia por niveles, donde el estatal ha de ser suficiente y homogéneo, pero mejorable por así decirlo para adaptarlo a las circunstancias de cada Comunidad Autónoma*”³⁰.

En los planos conceptual y normativo, el sistema constitucional sanitario español es el resultado de un elevado grado de descentralización. Elección que obedece a opciones de política de derecho al margen de las razones de eficacia y eficiencia que puedan concurrir, aunque no sean irrelevantes, como no lo son las razones de equidad que dominan la arquitectura de todo el Sistema Sanitario. Por eso, a la complejidad sustantiva de la política social de protección de la salud hay que añadir, en España, la no menos complejidad de nuestra organización territorial del Estado Social de Derecho, definido a su vez como Estado Autonomático de Derecho³¹.

En todo caso, las fronteras entre una sanidad estatal (artículo 149.1.16 CE) y una sanidad autonómica como acción complementaria o suplementaria de aquella (artículo 148.1.21ª CE) son difusas a efectos competenciales y, en gran medida, dependientes de la opción de política legislativa que se adopte desde el primer ámbito, siempre y cuando (y esto constituye un límite intrínseco de la potestad estatal de determinación) no suponga una restricción del ámbito propio de la Asistencia Sanitaria externa que suponga un vaciamiento de competencias autonómicas en materia asistencial, al privar a las CCAA de espacio vital³².

Por tanto, la legislación del Estado ha de limitarse a la regulación de las condiciones básicas pero no puede establecer un diseño completo y acabado de su régimen jurídico porque ello supondría un vaciamiento del espacio competencial específico de las CCAA. En efecto, el marco constitucional diseña un modelo relativamente abierto y flexible de distribución de competencias. Esto es, está abierto al tiempo histórico; no puede entenderse como un “sistema cerrado” o “rígido” de atribución

²⁸ STC 37/1987, de 26 marzo [RTC 1987\37].

²⁹ STC 194/1994, de 28 junio [RTC 1994\194] y STC 43/1996, 14 marzo [RTC 1996\43].

³⁰ STC 102/1995, de 26 junio [RTC 1995\102].

³¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el sistema nacional de salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, en VV. AA.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Granada, Comares, 2007, p. 27.

³² STC 76/1986, de 9 de junio [RTC 1986\76] y STC 239/2002, de 11 de diciembre [RTC 2002\239].

competencial. Toda norma, también las constitucionales, han de ser interpretadas y aplicadas con arreglo a su finalidad y las circunstancias históricas imperantes en el momento de su aplicación³³.

En suma, la competencia en materia de asistencia sanitaria se encuentra compartida entre las CCAA y el Estado (artículos 148.1.21^a en relación con el artículo 149.1.16^a CE). Por tanto, las CCAA han recibido las transferencias en materia de gestión de la asistencia sanitaria, creando sus propios servicios de salud y aprobando normas sobre organización sanitaria y prestación de asistencia sanitaria.

Sin embargo, en la actualidad la regulación del derecho a la asistencia sanitaria deja de ser universal exigiéndose tener la condición de asegurado o de beneficiario para tener derecho a asistencia sanitaria. En caso contrario, para recibir asistencia sanitaria se requiere el pago de una contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un Convenio Especial con el Servicio Público de salud. En efecto, ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha universalizado el derecho para los ciudadanos que residen legalmente en territorio español. Se deja la decisión en manos, no del legislador con la colaboración del reglamento, sino exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno³⁴. No obstante, bien es cierto –como establecen los votos particulares firmados por varios Magistrados de las sentencias analizadas– que, *de facto*, las CCAA han atendido y reconocido el derecho a la salud a las personas que han sido expulsadas de este derecho.

Lo cierto es que eran muy pocos los que se podía imaginar que el TC fuera a declarar inconstitucional los preceptos de la normativa del País Vasco, más cuando este mismo tribunal había levantado la suspensión que se había producido por el recurso de inconstitucionalidad que el Gobierno había presentado contra la citada norma autonómica. Además, este mismo tribunal en jurisprudencia anterior ya había declarado que *“en materia de sanidad, la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de "sanidad", para asegurar –como se ha dicho– el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos”*³⁵.

Una de las consecuencias que existe en el trasfondo –y que ahora se observa en la asistencia sanitaria– es la referida a las distintas reacciones de las CCAA en función de la coincidencia o no del signo político existente en el Gobierno autonómica y el Gobierno central.

Y en referencia expresa al País Vasco, tema central de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional y, de una u otra forma, aplicable también a las restantes autonomías, el título competencial de la citada CCAA en materia de sanidad interna se localiza en el artículo 18.1 del Estatuto de Autonomía cuando establece que *“corresponde al País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior”*. Desarrollo de dicha competencia que ha sido configurada en torno a la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi, y cuya exposición de motivos ya adelantaba que *“la ley de Ordenación sanitaria de Euskadi constituye un instrumento fundamental para articular el compromiso que adquieren los poderes públicos vascos con la ciudadanía respecto al desarrollo y aplicación de un derecho tan relevante como el relacionado con la protección y el cuidado de la salud. A través de esta ley se contribuye a completar una de las más importantes facetas del principio de legalidad en sus vertientes democrática y social, dotando a la Comunidad Autónoma de Euskadi de una organización y funcionamiento adecuados a nuestro modelo social”*. Título competencial de la CCAA que, en el precepto 6 de la citada ley y en referencia a los principios informadores, establece que *“informan el sistema sanitario*

³³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n° 100, 2009, p. 316.

³⁴ TORTUERO PLAZA, J. L.: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 60.

³⁵ STC 22/2012, de 16 febrero [RTC 2012\22].

de Euskadi los principios de universalidad, solidaridad, equidad, calidad de los servicios y participación ciudadana. Las directrices de política sanitaria, y los objetivos de salud respecto a los cuales se formulen, se ajustarán a dichos principios, persiguiendo una constante adecuación de la planificación de las actuaciones y de los recursos a las necesidades sanitarias de la población”.

La propia exposición de motivos de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi, bien establece que “*el sistema sanitario de Euskadi se configura dentro del sistema nacional de salud en los términos que establece la ley General de Sanidad, asumiendo los mecanismos que se articulan desde los principios básicos de la misma*”, lo que no creemos que sea óbice –más bien todo lo contrario– para habilitar al Gobierno Vasco a ampliar el catálogo de prestaciones, determinando su ámbito subjetivo y las condiciones de acceso y cobertura financiera, obviamente, con cargo a los Presupuestos Generales de la propia Comunidad Autónoma de Euskadi. En este sentido, es el propio artículo 4.1 quien se refiere al carácter universal del derecho a la protección de la salud cuando establece que “*el derecho a la protección de la salud tiene carácter universal en el territorio de Euskadi para todas las personas residentes, así como para las transeúntes, en la forma y condiciones previstas en la legislación general, en los convenios de colaboración e internacionales*”. Estableciendo el propio artículo 4.4 que el Gobierno Vasco podrá ampliar, en el territorio de Euskadi, el catálogo de prestaciones, “*determinando su ámbito subjetivo y las condiciones de acceso y cobertura financiera, bien con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi o con cargo a las personas que las soliciten, estableciéndose criterios que atiendan a la suficiencia financiera de los recursos económicos de los solicitantes y a la tipología de las prestaciones. Asimismo establecerá los supuestos en que proceda la reclamación del importe de los servicios realizados a los terceros obligados al pago*”. Todo lo anterior dentro del principio programático de “*la suficiencia del marco de financiación pública del catálogo de prestaciones sanitarias que asegura la Comunidad Autónoma de Euskadi*” – artículo 8.f)–³⁶.

Son todos los preceptos anteriores –obviamente en relación con la CE– los que otorgan el título competencial habilitante para ampliar el ámbito subjetivo de la Comunidad Autónoma de Euskadi en materia de prestaciones sanitarias, ejecutado por el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y que por sentencia del Tribunal Constitucional se estipula la más que dudosa inconstitucionalidad de los preceptos a los que hace referencia la propia resolución.

No obstante, en este tema, lo anterior también se ve mezclado y confundido con la mercantilización del acceso a una prestación tan vital y fundamental como es la sanitaria. Este nuevo cambio de criterio, al final, solo pretende reducir el gasto público sanitario. En este sentido, el paciente como titular del derecho a la asistencia sanitaria –tristemente– también termina actuando como sujeto del mercado y de las leyes que lo regulan.

Y en este caso no es que el Estado no haya aplicado el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, sino que es el propio Gobierno, avalado por el Tribunal Constitucional, quién considera inconstitucional una norma autónoma favorable que solo viene a complementar a la norma mínima estatal. Por tanto, y atendiendo al derecho que se encuentra en juego –nada más y nada menos que el derecho de todos a la salud–, no podemos estar de acuerdo con la interpretación y fundamentación jurídica del mismísimo Tribunal Constitucional.

Es la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016³⁷ la que considera que el Gobierno sí razona suficientemente la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, centrada en la exigencia de tomar medidas inmediatas para hacer frente a un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias, admitiendo que el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, supone un giro a la anterior normativa de extensión progresiva de la asistencia sanitaria y confirmando que el principio de universalidad del artículo 43 CE no supone el derecho

³⁶ Vid. ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: “El régimen económico de la asistencia sanitaria en el ámbito de la comunidad autónoma de Euskadi”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 608.

³⁷ STC 139/2016, de 21 julio [RTC 2016\139].

incondicionado de toda persona que se encuentra en España a recibir gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias: “*la universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del SNS de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios*”³⁸. Por tanto, para el Alto Tribunal es constitucional exigir el permiso de residencia para poder acceder a las prestaciones sanitarias –salvaguardando las prestaciones de urgencia vital–. No obstante, la STC 139/2016, de 21 de julio, también posee tres votos particulares, los que, en resumidas cuentas, vienen a considerar que los establecimientos de requisitos legales internos que vulneren el contenido esencial del derecho a la salud y pongan en peligro la integridad física o la vida del ciudadano, es evidente que suponen una vulneración de los derechos fundamentales universales, debiendo prevalecer siempre la perspectiva sanitaria sobre posibles criterios de ahorro al gasto público³⁹.

³⁸ STC 139/2016, de 21 julio [RTC 2016\139].

³⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Los requisitos exigidos para ser asegurado o beneficiario”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 75. BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “Varapalo de Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2014, *passim*.

CAPÍTULO XV. LA AUSENCIA DE RIESGO EN LA CONTINGENCIA PROTEGIDA DURANTE LA LACTANCIA NATURAL: UN PASO ADELANTE EN LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

MARÍA CRISTINA POLO SÁNCHEZ

*Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca*

La acción protectora de la Seguridad Social, lejos de permanecer estática en un empeño de mantener una tradicional cobertura vinculada a los inicios de la aparición del sistema, ha seguido evolucionando hacia una voluntad de dar respuesta a las nuevas necesidades sociales reclamadas por los ciudadanos. De este modo, la protección que la Seguridad Social brinda a la maternidad no se ha detenido en el hecho mismo del parto y su consiguiente recuperación, sino que ha ido avanzando hasta la inclusión de nuevas realidades, como la incorporación del riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia natural y, últimamente, el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, modificaciones operadas respectivamente por Ley Orgánica 3/2007 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) y Ley 39/2010 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2011.

No solo habría que destacar, en este sentido, la reducida trayectoria temporal de estas contingencias dentro del ordenamiento español, sobre todo de las dos últimas, sino la falta de concreción conceptual, que el legislador no ha sido capaz de formular, debiendo ser los órganos jurisdiccionales los que delimiten en cada caso particular cuál es el alcance de los requisitos que la posible beneficiaria ha de acreditar y cómo ha de articularse la participación de otros intervinientes para que el reconocimiento de la prestación sea posible.

Ciñéndonos, en concreto, al riesgo durante la lactancia natural, hemos de constatar una situación no controvertida, y es su caracterización como figura jurídica dotada de componentes diversificados en el plano laboral, preventivo y de protección social. Dicho de otro modo, esta contingencia, cuyas beneficiarias, solo mujeres, podrán acceder a la correspondiente prestación reconocida por el sistema de Seguridad Social, tiene su origen en la voluntad de evitar un riesgo para la mujer en período de lactancia, lo que supone inequívocamente la conveniencia de alejarla de cualquier agente, sustancia o forma de organización en el trabajo del que pueda derivarse una consecuencia negativa para ella misma o para el menor lactante. Pero tal alejamiento requiere de una serie de actuaciones por parte del empresario, viéndose involucrada la propia estructura organizativa empresarial, a través de diversas combinaciones posibles que, solo si no son factibles, desembocarán en la suspensión del contrato de la trabajadora. Con su contrato en suspenso, es entonces cuando se abrirá la vía para que la Seguridad Social reconozca a esa trabajadora la interrupción de su actividad y de la percepción de su salario, previéndose entonces la concesión de un subsidio temporal. Nos situamos pues, ante una contingencia tridimensional, en que tres sectores del ordenamiento se ven concernidos y cuya actuación deberá seguir un determinado protocolo, que no siempre podrá culminar en un reconocimiento de la prestación.

El objetivo que se persigue con las reflexiones que a continuación efectuaremos sería plantear una eventual aproximación de esta contingencia hacia el ámbito de la protección de la familia, es decir, sin negar las connotaciones ya expuestas con la que esta prestación fue configurada, como un medio de evitar un daño real, de lo que se trata es de evidenciar si es ésa su única finalidad, puesto

que en poco más de una década algunos pronunciamientos judiciales han situado el foco mediático en la atención del menor, en la disponibilidad de la trabajadora para procurar la alimentación natural de su hijo y, en definitiva, en el vínculo surgido entre esta contingencia y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral que el legislador, siquiera indirectamente, ha favorecido con la exigua regulación contenida en la normativa específica sobre Seguridad Social.

I. INADECUADA CONFIGURACIÓN CONCEPTUAL

La Disposición Adicional 18ª LOI en su apartado 10 introdujo un nuevo Capítulo IV quinquies en el Título II de la Ley General de Seguridad Social (arts. 135 bis y 135 ter) reconociendo por vez primera en el Derecho español la protección de la seguridad y salud de aquellas trabajadoras, integradas tanto en el Régimen General como en alguno de los Regímenes Especiales subsistentes, cuya actividad pudiera incidir en el mantenimiento de la lactancia natural tras el parto (actuales arts. 188 y 189 en el Capítulo IX Título II del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015 30 de octubre). Dos artículos escasos en los que fundamentar toda una secuenciación de requisitos a cumplir que no siempre la trabajadora afectada se encuentra en condiciones de demostrar. La posterior regulación reglamentaria, por obra del RD 295/2009 de 6 de marzo, confiando un desarrollo algo más pormenorizado de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, no ha sido capaz de mejorar la escasa labor legislativa, y ha abierto en los tres únicos artículos que dedica a esta prestación, un debate sobre el verdadero significado de la protección para la trabajadora en su derecho a continuar con la lactancia.

Esta contingencia fue creada a imagen y semejanza de la dirigida a proteger la situaciones de riesgo durante el embarazo por imperativo de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992¹, cuya inicial transposición, con carácter parcial, cristalizó en el art. 26 Ley 31/95 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), otorgando una protección a la maternidad desde una perspectiva preventiva. Pero no fue hasta la Ley 39/99 5 de noviembre de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, modificando dicho art. 26 LPRL con la adición de un nuevo apartado 3, cuando realmente se estableció la cobertura por riesgo durante el embarazo. Hubo que esperar a la aprobación de la LOI, momento en que la adaptación de la Directiva 92/85/CEE adquirió su plenitud, dando cumplimiento a su contenido específico, que distinguía entre riesgos durante el embarazo de la trabajadora y posibles riesgos a los que ésta podría quedar sometida tras el parto y a lo largo de la duración del período de lactancia. La LOI lo que hizo en su D.A. 12ª fue introducir la opción de la suspensión del contrato (lo que la Directiva denomina “dispensa de la prestación laboral”), que hasta entonces no había quedado contemplada, viéndose limitado el contenido del art. 26 LPRL a la puesta en marcha de diferentes actuaciones empresariales que habían descartado un efecto suspensivo directo.

Podríamos plantearnos la pregunta de por qué una Ley de Igualdad procedió finalmente a sellar la regulación de ambos riesgos, cuando otras normas anteriores de carácter diverso pero con indudable carga laboral no habían sido capaces de culminar su definición. Desde planteamientos doctrinales se ha negado su conexión con la conciliación entre el trabajo y la vida personal y familiar, porque sus pretensiones quedarían más bien enfocadas hacia la protección de la maternidad biológica, garantizando la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, del feto o del menor ya nacido, aspecto que no guardaría, en principio, relación directa con una intención conciliatoria, pero sin olvidar además que, de manera subsidiaria y como resultado último, se generaría una suspensión del contrato que automáticamente devengaría el reconocimiento de una prestación económica por parte del sistema de Seguridad Social. A nuestro juicio, la voluntad del legislador fue ante todo proteger la salud de la madre, a fin de evitar las repercusiones negativas que el trabajo pudiera desplegar en su embarazo o en la lactancia posterior, pero si lo que estaba en juego era posibilitar esa lactancia, es innegable que se

¹ Relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

hubiera debido dar un paso más en asegurar tales garantías, adentrándose entonces en el terreno de la conciliación, para favorecer que esa lactancia no se viera obstaculizada y la trabajadora hubiera de renunciar a ella.

En otras ocasiones, se ha apuntado esa vinculación entre la protección de la salud laboral de la trabajadora y el principio de igualdad, de ahí que una ley específica en la materia se ocupara de estas cuestiones. Nadie duda de la conveniencia de eliminar normas caducas, paternalistas, que hacían objeto de protección a la mujer por tratarse de una persona débil y necesitada de atención especializada. Medidas en apariencia beneficiosas, pero que encerraban dentro de sí resultados discriminatorios y que tan profusamente habían surgido tras la finalización de la II Guerra Mundial, fueron eliminadas en cuanto que prohibían o limitaban el ejercicio de ciertas profesiones o el sometimiento a determinadas condiciones de trabajo que, se estimaba, no habían de ser en ningún caso desempeñadas por mujeres. Una vez superadas tales barreras, las normas dirigidas a la protección de la mujer se focalizaron, en exclusiva, en la evitación de riesgos para las trabajadoras embarazadas o en período inmediatamente posterior, al ser incuestionable su pertenencia a un colectivo especialmente sensible que, en este caso sí, merecía atención preferente.

En definitiva, el rechazo a las normas de protección genérica a las trabajadoras ha dejado paso a una preocupación, absolutamente razonable, por salvaguardar la seguridad y salud de aquéllas que atraviesan por sucesivos estadios relacionados con la maternidad biológica. Y éste es, en principio, el resultado plasmado en las diferentes normas que hemos ido mencionando pero que, en último término, no consiguen llegar a un resultado satisfactorio.

Como primera crítica, destaca la deficiente transposición interna de la Directiva 92/85/CEE, efectuada de modo separado para las dos contingencias de embarazo y lactancia, cuando lo apropiado habría sido proceder a una adaptación integral y con una mejor sistemática. Pero es que además no se ofrece en ningún momento una definición exacta de lo que ha de entenderse por lactancia natural: el párrafo 4 del art. 26 LPRL remite al procedimiento previsto en los apartados 1 y 2 para el riesgo durante el embarazo, que tampoco es objeto de determinación. Viene siendo ya una constante del legislador introducir una nueva regulación y no proporcionar siquiera unos mínimos elementos delimitadores de lo que esa institución implica, y así sucede con el riesgo durante la lactancia natural, que bebe de las fuentes del riesgo durante el embarazo sin que se haya apuntado ni tan siquiera una ligera aproximación a sus caracteres genéricos. Es en este aspecto donde destacaríamos de nuevo esa incorrecta transposición de la Directiva, que sí contiene un concepto diferenciado de cada uno de tales estados sucesivos, considerando que una trabajadora se halla en período de lactancia cuando comunica su estado al empresario, con arreglo a lo dispuesto en las legislaciones o prácticas nacionales de los estados miembros (art. 2) y que demuestra hasta qué punto, para las instituciones comunitarias, las trabajadoras en período de lactancia se consideran como un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles y que se deben adoptar las medidas pertinentes para garantizar su seguridad y salud.

No son fácilmente reconocibles las razones que llevaron al legislador a optar por esa adaptación normativa en dos fases sucesivas. Quizá se buscó “ensayar” la eficacia y nivel de aplicación en la protección del riesgo durante el embarazo para luego extenderla a la lactancia, pero las consecuencias, desde luego, no han podido ser más incoherentes². Ya es bastante arduo desvelar las ramificaciones que se expanden a través de los distintos sectores del marco sociolaboral, puesto que es de difícil asimilación que situaciones afines a la prevención de riesgos laborales, en que se busca evitar la actualización de un riesgo, tengan que ser asumidas y protegidas por el sistema de Seguridad Social, pero en función de los problemas que se atribuyen a la empresa y que a continuación analizaremos, lo definitorio no es la prevención del riesgo, sino la fase ulterior de suspensión del contrato que, como en otras circunstancias previstas en el art. 45.1 d) LET, determina la intervención de la Seguridad Social a través del reconocimiento de una prestación económica.

² Este es, precisamente, el adjetivo utilizado por parte de la doctrina, junto a su carácter complejo y la confusión que genera. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R. *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 13ª ed. 2017. pág. 312.

II. EL CARÁCTER PROFESIONAL DE LA CONTINGENCIA

La protección del riesgo durante la lactancia natural desde sus orígenes nació con un marcado contenido profesional. No fue necesario rectificar, tal y como ocurrió con el riesgo durante el embarazo, el cual en una primera fase se asoció a una contingencia de carácter común, con remisión a las reglas aplicables a la incapacidad temporal derivada de riesgos comunes. El entonces art. 135 LGSS, en redacción dada por el art. 14 Ley 39/99, se posicionaba a favor de esa opción: la aplicación de la normativa sobre incapacidad temporal por enfermedad común, al ser considerada como una contingencia de tal índole, exenta de nexo causal con el medio profesional.

Como es fácil de detectar, el perjuicio económico causado a la trabajadora era evidente, puesto que la prestación reconocida se calculaba sobre el 75 % de la Base reguladora por contingencias comunes; era preciso acreditar el período de carencia que la incapacidad temporal requería y, por último, la gestión quedaba reducida al INSS sin que las Mutuas pudieran participar en dicha actuación.

Con buen criterio, aunque tardíamente, la LOI (D.A. 18.9), ocho años más tarde, rectificó y consideró el riesgo durante el embarazo como una contingencia profesional, reconociendo a la trabajadora las ventajas intrínsecas de una prestación derivada de contingencias profesionales, al tiempo que la aparición del riesgo durante la lactancia estaba ya imbuido de este mismo carácter, que no experimentó un cambio de naturaleza porque desde su creación fue una contingencia profesional. De este modo, se eliminó también el requisito de demostrar un previo período de cotización, lo que facilitó claramente el acceso a ambas prestaciones y mejoró notablemente su cuantía, al tiempo que abrió el camino a la gestión de la prestación por parte de las Mutuas³. No se ha perdido, por consiguiente, la referencia respecto a la incapacidad temporal, cuya proximidad se mantiene, junto a la contingencia por maternidad, pero podemos afirmar que con el transcurso del tiempo el riesgo durante la lactancia, al igual que sucede con el riesgo durante el embarazo, ha consolidado su carácter de prestación autónoma sin apenas interferencias no deseables de otras figuras afines, lógico, por otra parte, puesto que la incapacidad temporal se orienta a la recuperación de la salud de la persona, en este caso, de la trabajadora en general, no específicamente de la trabajadora embarazada, al tiempo que, y como segunda distinción, la incapacidad temporal persigue la recuperación del daño causado en la salud, en tanto que el riesgo durante la lactancia es precisamente eso: un riesgo que no se ha actualizado y que hay que evitar que se produzca.

Respecto a la distinción con la maternidad biológica, lo que en ésta se protege es la recuperación de la madre tras el parto y la atención del recién nacido, algo que en el riesgo durante la lactancia natural no sucede, a resultas de la aparición de circunstancias concretas en el trabajo que pueden hacer peligrar dicha lactancia por afectar a la salud de la madre y, consiguientemente, de su hijo.

III. PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO: CARÁCTER SUCESIVO DE LAS MEDIDAS GARANTISTAS

La obtención de la prestación económica por lactancia no es automática. Antes al contrario: puede devenir en un auténtico calvario para la trabajadora que decide, legítimamente, continuar con la crianza natural de su hijo. El art. 26 LPRL articula toda una batería de medidas que, llegado el caso, permitirán a la trabajadora ver su contrato en suspenso y, por tanto, percibir el subsidio correspondiente.

La rúbrica de dicho artículo dista mucho de alcanzar una total cobertura de lo que esta contingencia significa. Bajo el título “protección de la maternidad”, su párrafo 4, específicamente dedicado a la lactancia, no hace sino remitirse al riesgo durante el embarazo a pesar de que el punto de partida de cada una de ellas, con sus indudables similitudes, no puede ser el mismo de ningún

³ El TS establece una diferenciación notoria por cuanto el matiz profesional no se predica de la propia contingencia en sí, sea riesgo durante el embarazo o durante la lactancia, sino de la prestación obtenida, del subsidio que la trabajadora vea reconocido, lo que sucede es que apreciar esa derivación de la contingencia de un riesgo profesional lo convierte en un factor profesional. S. 19 de mayo de 2014. Rec. 522/2013.

modo. Así, dicho párrafo 4 se encomienda a lo dispuesto en los apartados 1 y 2, vinculados al embarazo. Deberá procederse, entonces, a una evaluación de riesgos, ya contemplada en modo genérico para cualquier trabajador en el art. 16, que constituyan, y este dato es relevante porque sustenta la mayoría de denegaciones en las solicitudes de prestación, un riesgo específico y diferenciado en la actividad concreta desempeñada por la trabajadora. Si a resultados de esa evaluación se concluyera con la existencia de algún peligro para la salud y seguridad de la afectada o de su hijo, centrado básicamente en las repercusiones sobre la lactancia, la empresa deberá adoptar las medidas adecuadas que eviten la exposición a ese riesgo, a través de una pluralidad de actuaciones: adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo (es decir, manteniendo a la trabajadora en su puesto pero alterando el modo en que su actividad se presta, bien modificando algunas de las circunstancias en que las tareas se desarrollan o introduciendo cambios en la duración y distribución horaria) o suprimiendo, no de forma sistemática sino cuando se estime conveniente, el trabajo nocturno o el realizado en régimen de turnos. Con esas dos medidas, se estimó que podría ser suficiente para alejar a la trabajadora de los riesgos que para su salud o el desarrollo del feto y, por extensión, para la continuidad de la lactancia pudieran haberse detectado en la empresa.

No obstante, el legislador tenía previsto un “plan B” para el supuesto de que tales actuaciones no fueran posibles o, aun habiéndose procedido a esas adaptaciones, las condiciones del puesto de trabajo continuaran influyendo negativamente en el estado de salud de la trabajadora o de su hijo. Es entonces cuando se cede el paso a las instituciones sanitarias, en detrimento de una decisión directa de suspensión contractual que, de momento, la empresa aún no estaría en condiciones de adoptar. Serán, por tanto, los servicios médicos del INSS o de la Mutua, según cual sea la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales quienes estén legitimados para actuar, requiriéndose adicionalmente el informe del médico del Sistema Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora. La diferencia entre los párrafos 2 y 4 art. 26 es que en este último solo se mencionan las certificaciones médicas y no se alude en paralelo a que la trabajadora en período de lactancia, sobre la base de tales dictámenes, deba desempeñar un puesto o función diferente compatible con su estado, es decir, cabría la duda de si tales informes servirán sin más para alejar a la trabajadora de su puesto no con un cambio de funciones o incluso de lugar de trabajo, sino ya con una interrupción temporal de su actividad, en lo que constituiría la figura de la suspensión del contrato, debate que, estimamos, se resolvería en aplicación de esa remisión que el apartado 4 realiza al 2 y que determinaría esa nueva obligación de la empresa para con la trabajadora, a pesar de constituir un nuevo ejemplo de deficiencia sistemática en la redacción de la norma. Al objeto de que la empresa no tomara decisiones arbitrarias, acomodando a su criterio la estructura organizativa, deberá consultar con los órganos de representación cuáles serían los puestos de trabajo exentos de riesgos para las madres lactantes.

En una tercera fase, y ante la inviabilidad de asignar a la trabajadora un puesto o función compatible con su estado, entraría en juego el cambio de puesto de trabajo fuera de su grupo profesional, si bien conservando el derecho al conjunto de retribuciones percibidas en su puesto de origen.

Finalmente, y como cuarta vía de actuación, la LPRL utiliza una terminología abstracta al referirse a la imposibilidad empresarial de cambiar a la trabajadora de puesto: que no resulte “técnica u objetivamente posible” o que no pueda “razonablemente” exigirse “por motivos justificados”. Casi no haría falta indicar la ausencia de concreción de todas esas circunstancias que ni siquiera en sede judicial se ha estimado oportuno delimitar y que, hoy por hoy, permiten unas dosis de discrecionalidad que no siempre garantizan una protección real a la trabajadora.

Pues bien, ese imposible cambio de puesto ante la concurrencia de tales situaciones conduce a la declaración de suspensión del contrato, cuyo responsable inmediato no parece ser, desde luego, la propia empresa ni siquiera el INSS, al que solo le incumben competencias de reconocimiento de la prestación económica.

Dos últimas precisiones que han de tenerse en cuenta dentro del marco “preventivo” del riesgo durante la lactancia: en primer lugar, la temporalidad de todas estas medidas, que dejarán de ser

efectivas en el momento en que las circunstancias personales de la trabajadora o del menor permitan una vuelta a la situación de origen. En realidad, este retorno solo está previsto para los supuestos de movilidad funcional, pero consideramos que la desaparición del riesgo devendría en una vuelta a las condiciones iniciales, ya se hubieran concretado en un cambio de funciones o en una adaptación horaria.

En lógica consecuencia, y como segunda observación, la suspensión del contrato admite dos posibilidades, ambas inciertas, pero en cualquier modo transitorias también: como período máximo de extensión, los efectos suspensivos podrán prolongarse hasta el cumplimiento por parte del menor de los nueve meses de edad (reproducido asimismo en los arts. 45.1 d) y 48.5 ET y en el actual art. 189 LGSS), pudiendo concurrir otra alternativa, vinculada a la desaparición del riesgo o a la disminución de su intensidad sobre la trabajadora, que llevaría a ésta a reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

Esta secuenciación de actuaciones, que en hipótesis atribuyen a la empresa una relevante participación, pierde peso cuando la trabajadora debe reclamar judicialmente su derecho a la prestación ante la negativa más que habitual de la entidad gestora o colaboradora a admitir la presencia de riesgos. Vamos, pues, a destacar algunas de estas situaciones y cómo los tribunales han conformado un cuerpo de doctrina que en ocasiones admite sus propias excepciones.

1. POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA DELIMITACIÓN JURÍDICA DEL RIESGO

Como ya destacábamos, la ausencia de referencia legal de lo que el riesgo durante la lactancia significa entorpece enormemente la comprensión acerca del alcance de esta institución. La LGSS describe cuál es la situación protegida pero atendiendo a la carencia de una definición que hubiera sido aconsejable elaborar previamente (el art. menciona así “a los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida...”, deteniéndose solo en las contingencias que de tal contingencia se van a derivar para la trabajadora).

Nótese también cómo este precepto prescinde del resto de obligaciones que competen a la empresa para centrarse solo en una de ellas: el deber de cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo. Es la única actuación que la LGSS contempla, cuando ya ha quedado expuesta con anterioridad la cadena de acciones que la empresa se ve comprometida a realizar. Parece que el sistema de Seguridad Social, que solo pondría en marcha el reconocimiento de la prestación ante una suspensión del contrato, únicamente le otorga importancia, como así sucede, por ser el factor desencadenante, a la suspensión del contrato motivada por una imposibilidad de cambio de puesto, y no por las iniciales medidas que debieran ser analizadas para una eventual aplicación a la trabajadora. A decir verdad, la imposibilidad de adaptación de las condiciones de trabajo o del horario habitual exigirían, en una segunda fase, el cambio de puesto que, si no es factible, conllevaría una suspensión del contrato, pero no estaría de más que la redacción del art. 188 LGSS hubiera sido más cuidadosa y guardara relación con el contenido del art. 26.4 LPRL, al que se refiere expresamente en su tenor literal. Lo que queremos poner de manifiesto es que si, en línea de principio, los propios contornos de esta contingencia no aparecen definidos con la suficiente claridad, es fácil de adivinar que su auténtica naturaleza no está aún consolidada, máxime cuando son varios los sectores del marco jurídico laboral los que concurren a su regulación.

Es por esto que los órganos jurisdiccionales son plenamente conscientes de la complejidad de esta figura jurídica y de la situación que protege⁴, en primer término porque no cabe en exclusiva detectar y evaluar un riesgo sobre la trabajadora, sino que las actuaciones empresariales a emprender le otorgan un matiz diferenciado en el que se entremezclan obligaciones públicas y privadas. Se ha sugerido la conveniencia de una “acotación” de la contingencia, similar a una aproximación

⁴ SSTs 17 de marzo de 2011 Rec. 1864/2010; Rec. 1865/2010; Rec. 2448/2010; 18 de marzo de 2011 Rec. 1290/2010; Rec. 1966/2010; Rec. 2257/2010; 22 de noviembre de 2011 Rec. 306/2011; 1 de octubre de 2012 Rec. 2373/2011; 28 de octubre de 2014 Rec. 2542/2013.

conceptual, para identificarla con “una actividad en la que la trabajadora está obligada a exponerse a factores particulares de peligro para su salud o la del lactante que no han podido ser contrarrestadas en el centro de trabajo mediante actuaciones preventivas, y que habrían de ser evitadas por prescripción facultativa en cualquier situación de la vida cotidiana”⁵. Nos parece una configuración bastante acertada, que alude a la existencia de riesgos concretos para la trabajadora, no fácilmente eliminables, y que por recomendación médica tienen que ser evitados a través de varios canales, entre ellos, el de la decisión final de suspensión. Tal definición permitiría conocer y separar la causa de los efectos, como así debiera ser en todo momento, al tiempo que se pone de relieve la vulnerabilidad de ciertas situaciones a lo largo de la vida, como es la maternidad y las circunstancias que la rodean, que merecen una especial atención para evitar daños a las trabajadoras que atraviesan por dicha situación. Es más, ni siquiera se les pondría en la tesitura de quedar expuestas a un riesgo inminente, bastaría simplemente con que se objetivara un riesgo posible para que tales medidas de protección se pusieran en funcionamiento⁶.

La doctrina ha venido debatiendo estos últimos años acerca de la adecuación en cuanto a la terminología utilizada, en el sentido de referirse a riesgo durante la lactancia o, más concretamente, riesgo para la lactancia, es decir, el riesgo a qué afecta, a la salud de la trabajadora o del menor que puede quedar expuesto a un peligro en función de las condiciones tóxicas, penosas o insalubres del puesto o, por el contrario, a la lactancia en sí misma considerada, que se erige como un objetivo primordial que hay que garantizar si, llegado el caso, la trabajadora debe ser objeto de adaptación o de suspensión en su actividad⁷. Nos inclinamos por esta segunda posibilidad en que, sin olvidar los riesgos que subyacen a esta contingencia, el bien jurídico a proteger es el propio hecho de la lactancia, como forma de alimentación más sana recomendada por los pediatras para un correcto desarrollo del menor y como acercamiento a lo que sería, en realidad, una faceta más de la protección a la familia.

Tampoco la conciliación se aleja de su conexión con esta contingencia, porque a su inicial pretensión de eludir los riesgos susceptibles de impedir la lactancia se uniría esa otra faceta como mecanismo de “tutela preventiva para dar efectividad a otros valores vinculados al fomento de la conciliación”⁸, como ya la Ley 39/99 pretendió aunque no se ocupara por aquel entonces de crear esta contingencia.

De este modo, y sin perder su perspectiva de prevención, esta contingencia se bifurca hacia una consideración amplia más en sintonía con la preocupación por la protección de la familia a través de instrumentos alternativos.

2. EVALUACIÓN DE RIESGOS DEL PUESTO DE TRABAJO: REQUISITO NO TAN IMPRESCINDIBLE PARA OBTENER LA PRESTACIÓN

Dentro de la obligación que se atribuye a la empresa de realizar una evaluación inicial de los riesgos que pueden afectar a una trabajadora, se impone una selección de actuaciones en función de cuáles sean las actividades y puestos concernidos y el colectivo que pueda quedar expuesto a los mismos. Tratándose en este caso de proteger no a todo el personal femenino que presta servicios sino solo a aquellas que hayan optado por mantener la lactancia tras el parto, la interpretación conjunta de los arts. 16 y 26 LPRL se orienta hacia la averiguación de cuál es la naturaleza, el grado y

⁵ STS 18 de marzo de 2011. Rec. 1863/2010.

⁶ STSJ Navarra 18 de octubre de 2012. Rec. 318/2012.

⁷ Así lo han planteado BARCELÓN COBEDO, S., *La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia*, Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 5/2012; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 9º ed. 2015, pág. 268 y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.), Laborum, 2017, pág. 748.

⁸ Cfr. BARCELÓN COBEDO, S., *La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia*, op. cit., También los órganos jurisdiccionales han resaltado el nexo de unión entre esta prestación y el objetivo de conciliación, que la LOI, años más tarde, cuando procedió a transponer ya definitivamente la Directiva 92/85, volvió a reiterar al mencionar la finalidad de mejora en la integración de la vida personal y familiar de la mujer en el ámbito laboral. Vid. STS 24 de abril de 2012. Rec. 818/2011.

la duración de la exposición de la trabajadora a ciertos agentes, procedimientos o condiciones de trabajo susceptibles de influir negativamente en su salud y, en consecuencia, en el estado del menor. Si de tal evaluación se concluyese la existencia de una posible repercusión en la lactancia, corresponde a la empresa adoptar las medidas que alejen a la trabajadora de esa exposición, comenzando por las decisiones que ya mencionamos de adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo.

La evaluación constaría, según la LPRL, de dos fases, aunque la segunda no tendría necesariamente que concurrir en todo caso: una evaluación inicial de los riesgos en el puesto de trabajo y, solo en la hipótesis de que el resultado fuera positivo y se detectara alguna deficiencia, se pasaría a una evaluación adicional de carácter individual dirigida a definir las actuaciones correctoras pertinentes de carácter específico y no exigible para cualquier puesto de trabajo.

Los órganos jurisdiccionales han caracterizado el riesgo durante la lactancia como un riesgo del puesto de trabajo concreto desempeñado por una trabajadora, consideración que implícitamente se incluye en la previsión legal de puesta en marcha de medidas de adaptación tendentes a la desaparición de los específicos factores peligrosos. Es justamente ésta la idea que se ha defendido por parte de los tribunales: la necesidad de que concurra un riesgo⁹, no meramente genérico al que pudieran quedar expuestos todos los trabajadores. La lactancia determina así que solo una parte de la plantilla (algunas mujeres), y valorando las especificidades de cada puesto de trabajo individualizado, deba recibir protección frente a riesgos que no afectan por igual a todos los trabajadores.

Fue en marzo de 2011 cuando arrancó una trayectoria jurisprudencial que ha llegado hasta nuestros días, ciertamente estricta y muy apegada a la acreditación de riesgos específicos, atravesando asimismo el filtro del INSS a la hora de apreciar la procedencia de la solicitud de prestación. Siendo esto así, se ha afianzado una corriente doctrinal¹⁰ vinculada al estricto criterio de demostración del cumplimiento en todas las actuaciones empresariales a que la LPRL viene referida, esto es, se requiere la acreditación de todos los requisitos de manera sucesiva previstos en dicha norma: identificación de riesgos específicos; imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto concreto; no poder cambiar a la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría (relacionado actualmente con distintas funciones o distinto grupo profesional) libre de tales riesgos o con niveles tolerables y controlados, sin olvidar la necesidad de un seguimiento para verificar su continuidad o, por el contrario, el posible retorno a la empresa por parte de la trabajadora.

A pesar de esta aparente rigurosidad, hay decisiones judiciales que reconocen la dificultad de separar riesgos genéricos y específicos, primero por su calificación, que no siempre se acomoda a lo que en la realidad sería un peligro en abstracto o un auténtico riesgo impeditivo de la lactancia. Lo importante no es la denominación utilizada (“nominalismo”, en palabras del órgano juzgador), pues hay que atender primordialmente al riesgo real que pueda recaer sobre la trabajadora y a la identificación particularizada en el puesto de trabajo y en el desempeño de la actividad de circunstancias que, en concreto, supongan un riesgo cierto¹¹.

Es ésta una tarea absolutamente casuística, que no permite extrapolar una determinada evaluación, atendiendo a la situación de la trabajadora, a otros casos similares, pues sería imprescindible una identidad de razón entre dos supuestos idénticos. No es el hecho de trabajar el que genera el riesgo, sino las condiciones del puesto de trabajo, cuya particularidad lo distingue de

⁹ STS 18 de marzo de 2011 Rec. 1863, al afirmar que además del riesgo efectivo de un concreto puesto de trabajo, el riesgo durante la lactancia natural ha de ser un riesgo específico, con relevancia para la salud de la madre o del menor, que concurre solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelve, y que afecta también de manera particular a la lactancia natural. Cfr. SSTS 18 de marzo de 2011 Rec. 1863/2010; 25 de enero de 2012 Rec. 4541/2010.

¹⁰ Iniciada por SSTS 17 de marzo de 2011 (3) Rec. 1864/2010; Rec. 1865/2010; Rec. 2448/2010; 18 de marzo de 2011 (4) Rec. 1290/2010; Rec. 1863/2010; Rec. 1966/2010; Rec. 2257/2010.

¹¹ El TSJ Navarra incluso previamente a la doctrina del TS, dictaminó, en términos mucho más flexibles, la exigencia de apreciación de riesgos específicos, postura que no fue seguida más tarde por el Alto Tribunal. S. 5 de marzo de 2010 Rec. 4/2010.

otros riesgos e impide su supresión, por lo que compete a la empresa actuar en favor de la salud de la trabajadora.

Obviamente, la elaboración de un listado, siquiera básico, de riesgos relacionados con las actividades de mayor incidencia en la lactancia, hubieran facilitado la labor de los tribunales. La Directiva 92/85/CEE, en su Anexo II, contenía una lista de agentes y condiciones de trabajo nocivos, si bien no exhaustiva por su simpleza, pero sí indicadora de los riesgos a evitar. Como quiera que la transposición de este apartado no fue realizada por el ordenamiento interno español, se ha entendido su aplicabilidad directa sin necesidad de adaptación, debiendo la empresa evitar la exposición de la trabajadora a tales agentes sin necesidad de evaluar el riesgo, dado el conocimiento previo de su peligrosidad. A partir de esta constatación, por vía reglamentaria y en función de cada sector productivo, se han ido aprobando sucesivas disposiciones dirigidas todas ellas a ese mismo fin: la evitación del riesgo para la lactancia¹². En estas normas se efectúa una descripción de riesgos que, de quedar el trabajador expuesto a ellos, podrían entrañar un peligro para la salud, pero adquieren únicamente un carácter orientativo, puesto que “la gran variedad de situaciones, de actividades, de índices de peligrosidad o de tiempos de exposición en cada caso determina la imposibilidad de que se pueda conocer de forma objetiva, específica y completa los que concurren y su relevancia en relación con la lactancia¹³”. Con posterioridad, la Comisión Europea elaboró una Comunicación de 5 de octubre de 2000 sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Se limita a servir de criterio orientador, puesto que, como es sabido, una Comunicación, como tal, no es vinculante, forma parte únicamente del denominado “soft law” comunitario, aunque no habría que negar con rotundidad ciertos efectos jurídicos, al haber sido dictada en cumplimiento del art. 3.1 Directiva 92/85.

La empresa se erige, pues, en el principal sujeto que ha de encargarse de esa primera evaluación de riesgos, reales o potenciales, en cada puesto de trabajo, se halle este ocupado o no en el momento de la evaluación. Desde el punto de vista empresarial, no obtendría acogida favorable una renuencia hacia las obligaciones evaluadoras con la excusa de que esa vacante no ha sido aún ocupada, puesto que no cabe excluir de esa valoración ningún puesto de la empresa.

El procedimiento para la concesión de la prestación económica sigue las mismas reglas que las dispuestas para el reconocimiento del subsidio de riesgo durante el embarazo, siendo así que el art 50 RD 295/2009 remite al art. 36 atribuyendo tal competencia a la entidad gestora o a la Mutua con la que la empresa tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales. Es una tramitación que la trabajadora interesada habrá de iniciar, aportando un informe previamente solicitado al facultativo del Servicio Público de Salud que haya atendido a la paciente, con algunas diferencias en relación con el riesgo durante el embarazo. En esta última contingencia, el facultativo determinará la situación de embarazo y la fecha probable del parto, iniciándose a partir de ese momento toda una compleja red de emisión de certificados que, en sentido estricto y con carácter literal, no se pueden equiparar a las circunstancias por las que atraviesa una trabajadora en período de lactancia. Sí podrá exigirse un certificado del facultativo en el que se demuestre que esa lactancia es real, no fingida por la trabajadora como una pretendida continuación de la suspensión del contrato por maternidad. La

¹² Así, por ejemplo, el RD 39/97 17 de enero que aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en su Anexo VIII, reformado por RD 298/2009 6 de marzo en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, contiene una lista no cerrada de agentes frente a los cuales no podrá haber riesgo de exposición, y que se remite al RD 363/95 10 de marzo o el Reglamento CE 1272/2008 16 de diciembre de 2008 del Parlamento Europeo; RD 664/1997 12 de mayo sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo; RD 665/1997 12 de mayo sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos, o RD 783/2001 6 de julio por el que se aprueba el Reglamento de protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

¹³ SSTs 17 de marzo de 2011 Rec. 1865/2010; 18 de marzo de 2011 Rec. 1290/2010; Rec. 2257/2010; 21 de septiembre de 2011 Rec. 2342/2010; 22 de noviembre de 2011 Rec. 306/2011.

empresa también expedirá certificado sobre la actividad que se ha venido desarrollando y las condiciones del puesto de trabajo. Como tercer requisito, parece también factible que la trabajadora, presentando ambas certificaciones, solicite a la entidad gestora o colaboradora, otra certificación médica indicando la existencia de un riesgo para la lactancia. En el caso de que, a juicio de la entidad “decisora” no se deduzca la presencia de un riesgo, se denegaría entonces la expedición de esa certificación y se pondría inmediatamente en conocimiento de la trabajadora que no procede iniciar la tramitación de la citada prestación, esto es, se otorga un valor preeminente a la opinión de una entidad ajena a la realidad empresarial, que desconoce de primera mano los datos del entorno laboral específico en el que se desenvuelve la trabajadora¹⁴, y que puede perfectamente prescindir del parecer de servicios de prevención de la empresa, propios o externalizados, y del juicio profesional que para el facultativo merece la continuidad segura en la lactancia de la trabajadora, e imponer su criterio final sin permitir ni siquiera a ésta que inicie el procedimiento¹⁵. No deja de sorprender, como es éste el supuesto, que se le prohíba instar el procedimiento (“comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación”), privándola de su derecho como ciudadana a intentar reclamaciones ante la Administración y que se le haga saber que su interés no será satisfecho por la entidad responsable.

Como una incoherencia adicional, el art. 39.4 RD 295/2009 incluye dentro de los documentos a presentar junto con la solicitud una certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo (lactancia, por la remisión a la regulación de esta contingencia) en los casos en los que no obre en poder de la entidad gestora o colaboradora¹⁶ que, entonces, no se comprende cómo ha dado el visto bueno a la iniciación del procedimiento por parte de la trabajadora.

Por otro lado, se simula dar valor a la declaración de la empresa sobre inexistencia de puestos de trabajo compatibles con la situación de la trabajadora o, de existir éstos, sobre la imposibilidad técnica u objetiva de realizar el traslado a otro puesto exento de riesgos o que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, en una reiteración literal del art. 26.3 LPRL que sigue sin aclarar nada sobre el alcance de tales conceptos jurídicos indeterminados. Además, en la citada declaración se deberá hacer constar la fecha en la que la trabajadora “ha suspendido” la relación laboral, que no será ella, es claro, sino la empresa quien habrá acordado ese resultado, si lo conectamos al art. 39.3, que asocia la certificación del riesgo, sin posibilidad de cambio de puesto, con la declaración de la suspensión contractual, esto es, independientemente del signo favorable o desfavorable a la presencia de riesgos en el puesto, la entidad gestora o colaboradora no asume competencias para estimar si corresponde o no suspender el contrato. Es la empresa la que, ante el cariz de los acontecimiento y la imposibilidad de poner en práctica otras medidas alternativas, se pronuncia en favor del efecto suspensivo.

En teoría, debería resultar meridianamente clara la sucesiva aplicación de todos estos requisitos: estimaciones efectuadas por la empresa acerca del riesgo presente en el puesto de trabajo, repercusiones en la salud de la trabajadora y del menor, detectadas por el facultativo del Sistema Público de Salud y, finalmente, valoración conjunta de las circunstancias concurrentes por parte de la entidad gestora o colaboradora, que se pronunciará al respecto. La práctica judicial demuestra, sin embargo, que la realidad es muy distinta y que no siempre un informe negativo de riesgos o una denegación a su emisión deviene en una desestimación de la solicitud y, a la inversa, el hallazgo de niveles de riesgos más que indicativos de la conveniencia de alejar a la trabajadora de ese medio laboral no siempre culminan en un reconocimiento de la prestación. Al ser ésta una materia eminentemente casuística, no es posible ofrecer soluciones adaptables a cualquier puesto o actividad,

¹⁴ Con ese informe adicional, se exige a los servicios médicos del INSS o de la Mutua que verifiquen algo que no pueden comprobar, pues carecen de cualificación técnico-jurídica para ello. Lo que se ha pretendido es, en definitiva, que a falta de uno se requieran dos dictámenes médicos favorables a la existencia de ese riesgo. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, op. cit. pág. 312.

¹⁵ Como analiza la STS 22 de noviembre de 2012 Rec. 1298/2011.

¹⁶ Documento totalmente imprescindible cuya ausencia no podrá subsanarse con el resto de informes, al erigirse la condición legal para considerar que concurre la acción protectora. Cfr. STSJ Madrid 19 de diciembre de 2016. Rec. 858/2016.

pero destacan algunas profesiones en las que mayormente la evaluación concluye con un riesgo cierto y, de manera incomprensible, se ha denegado la solicitud. En otros supuestos, en cambio, y sin despreciar la presencia de tales riesgos, se confiere prevalencia al tipo de jornada y a la distribución horaria para estimar la pretensión, como veremos a continuación, en una postura mucho más cercana a la protección de la familia de lo que sería la multidimensional faceta de esta figura.

Como fácilmente se deduce de este tortuoso camino hacia la obtención de la prestación, puede suceder que surjan discrepancias entre el informe del facultativo que asiste a la trabajadora y el informe emitido por el INSS o la Mutua. Tal contradicción habrá de dirimirse dando entrada a un nuevo personaje en todo este entramado de intervenciones, como sería la Inspección Médica, intentando aportar una neutralidad que rápidamente quedará oscurecida ante la falta de cercanía y de conocimiento real del supuesto a valorar.

Pero ni siquiera con esta propuesta quedan resueltos los problemas de prueba de la existencia del riesgo, puesto que se requiere a la trabajadora que adquiera también una parte de la responsabilidad en demostrar que se encuentra sometida a un riesgo. Los órganos jurisdiccionales afirman la falta de presunción del riesgo, no cabe inferir su presencia solo por el desempeño de determinadas tareas, correspondiendo entonces tanto a la empresa como a la trabajadora la carga probatoria¹⁷, lo que la convierte en una prueba diabólica con contradicciones internas que pueden surgir desde el momento en que un superior jerárquico considere la conveniencia de suspender el contrato ante la imposibilidad de adoptar cualquier otra medida que evite el riesgo y, de modo simultáneo, los servicios de prevención de la propia empresa consideren apta a la trabajadora en el desempeño de sus tareas habituales, incluso sin haber realizado una previa evaluación¹⁸. Se vuelve siempre, de modo recurrente, a la distinción entre riesgos genéricos, que pueden recaer de manera indiferenciada sobre todo el personal de la empresa, y riesgos específicos, respecto de los cuales se debe hacer constar su descripción, valoración y acreditación, así como su influjo sobre la lactancia¹⁹. Es habitual que los tribunales desciendan al análisis pormenorizado de la repercusión de ciertos agentes físicos, químicos, biológicos y psicosociales en una actividad concreta y concluyan admitiendo la presencia de un riesgo, pero con incidencia mínima sobre la trabajadora, por las escasas posibilidades de que ese riesgo se actualice²⁰. En los asuntos que se han sometido a la consideración del TS, aun admitiendo que en suplicación la sola existencia de riesgos genéricos ha sido elemento suficiente de apreciación en favor de la protección de la trabajadora sin exigir especificidad alguna²¹, se ha posicionado sobre una decisión estricta que en todo caso requiere de una tarea de concreción del riesgo, de su alcance en el particular puesto de trabajo y de su incidencia sobre la madre lactante, que no admitiría comparaciones en situaciones distintas como la de embarazo²².

¹⁷ Vid. SSTs 17 de marzo de 2011 Rec. 1865/2010; 18 de marzo de 2011 (4) Rec. 1290/2010; 1863/2010; 1966/2010; 2257/2011; 23 de enero de 2012 Rec. 1706/2011; 25 de enero de 2012 Rec. 4541/2010, que destacan cómo la demostración de un riesgo específico con relevancia para la salud de la madre y/o del lactante corresponde en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora. Por su parte, el TJUE se pronuncia a favor de la aplicación a la evaluación de riesgos de las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba de la discriminación, previstas en el art. 19 Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y que ha sido objeto de transposición en el art. 12 LOI, estando también previstas en el art. 96.1 Ley 36/2011 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social. Vid. S. 19 de octubre de 2017, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el TSJ Galicia, y que éste tiene en cuenta para estimar el recurso de suplicación en S. 8 de noviembre de 2017. Rec. 1052/2014.

¹⁸ Sin que ello signifique ningún atisbo de parcialidad, puesto que ante todo ha de valorarse el conocimiento que puede alcanzar ese responsable respecto al grado de incidencia de esas condiciones de empleo. STSJ Galicia 8 de noviembre de 2017. Rec. 1052/2014.

¹⁹ SSTs 23 de enero de 2012 Rec. 1706/2011; 1 de octubre de 2012 Rec. 2373/2011; 21 de marzo de 2013 Rec. 1563/2010; 21 de septiembre de 2011 Rec. 2342/2010; 13 de mayo de 2015 Rec. 3114/2013; 7 de abril de 2014 Rec. 1724/2013.

²⁰ STS 1 de octubre de 2012 Rec. 2373/2011; 21 de marzo de 2013 Rec. 1563/2012; 7 de abril de 2014 Rec. 1724/2013; STSJ Navarra 5 de marzo de 2010 Rec. 4/2010.

²¹ SSTs 17 de marzo de 2011 Rec. 2448/2010; Rec. 1864/2010; Rec. 1865/2010; 18 de marzo de 2011 Rec. 1290/2010; 3 de mayo de 2011 Rec. 2707/2010; 22 de noviembre de 2011 Rec. 306/2011; 24 de junio de 2013 Rec. 2488/2012.

²² STS 21 de septiembre de 2011 Rec. 2342/2010.

3. EL GIRO JURISPRUDENCIAL EN LA VALORACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO: EXCEPCIONES A LA DOCTRINA GENERAL

Hasta ahora hemos analizado la tendencia denegatoria a la concesión de la prestación por lactancia en la mayor parte de supuestos en los que se detecta una presencia de riesgos de variada índole susceptibles de afectar en distinto grado a la salud de la trabajadora y del menor. Sin embargo, los tribunales, en especial el TS, sí se han orientado en favor de la apreciación de la solicitud cuando la trabajadora queda expuesta a condiciones bien de riesgo, bien especialmente dificultosas, que vuelven complicado combinar su actividad plena con el mantenimiento de la lactancia. Así sucede ante supuestos en que el régimen de trabajo a turnos o la nocturnidad de la tarea introducen un elemento distorsionante que, de no estimarse su pretensión de obtener el subsidio, forzarían a la trabajadora a tener que renunciar a la lactancia.

En términos genéricos, se pronuncia el TS en torno a la calificación de tales condiciones como factores de riesgo, negando que, en principio, constituyan una base suficiente para sustentar la concesión de la prestación. Por muy recomendable que sea para la trabajadora no quedar sometida a un sistema de trabajo rotatorio o durante la noche, ello no significa que entrañe un riesgo para la lactancia²³. Sería deseable que una trabajadora en tales circunstancias no tuviera que quedar sujeta a tal distribución horaria, en realidad sería deseable para todos los trabajadores no quedar condicionados a cambios rotatorios o a trabajar en horario nocturno, pero hay actividades que no admiten paralización y que requieren un funcionamiento continuado. Pero olvida el TS que en estos supuestos no cabe asimilar la posición de una trabajadora en período de lactancia con lo que sería la organización del trabajo del resto de trabajadores, hombres o mujeres, no sometidos a tal carga (en realidad, opción de la trabajadora). Todo lo que sea facilitar esa continuidad de la lactancia, si ese es su deseo, deberá contar con apoyo institucional y empresarial, otorgando un trato preferente que, desde luego, no podría ser objeto de extensión a cualquier otro trabajador o trabajadora. Ciertamente, el art. 26.1 LPRL hace mención a la no realización del trabajo nocturno o a turnos cuando se estime necesario, lo que equivale a admitirlo si no se observa riesgo y, por tanto, a no declarar su absoluta prohibición, pero queda a criterio de la empresa, los servicios de prevención y, en definitiva, la entidad gestora o colaboradora dictaminar si, efectivamente, esa distribución del trabajo perjudica a la trabajadora y le impide continuar con la lactancia o no.

Especial interés merece el sector de la navegación aérea, en que la actividad de las trabajadoras cuyo cometido como tripulantes de cabina de pasajeros denota grandes inconvenientes en la posible adaptación del lugar de trabajo y de los horarios para permitir la lactancia. De ahí que el TS haya vinculado el factor de riesgo con el tiempo de trabajo en sí mismo, sin despreciar otros eventuales peligros a los que la trabajadora pudiera quedar expuesta. Para el Alto Tribunal²⁴, el riesgo existe cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los períodos regulares de alimentación del lactante, siempre y cuando no sea posible anticipar la extracción de leche materna y su posterior conservación. Si las peculiares circunstancias del lugar en el que se realiza la prestación de servicios impiden tal resultado, pasaríamos de un riesgo incierto a una imposibilidad manifiesta, que desde planteamientos jurisprudenciales ha obtenido acogida favorable. Los TSJ han sido incluso más empáticos con este tipo de situaciones, pues basándose en la doctrina del TS tienen en cuenta recomendaciones médicas en relación a las consecuencias que este tipo de trabajos despliega en las trabajadoras, que pueden ver afectada, indirectamente, pero con causa última en la organización de su trabajo o en el nivel de estrés padecido, la secreción de prolactina, al seguir un ciclo circadiano, lo que obligaría al cese inmediato de la lactancia²⁵. En consecuencia, la dificultad de extraer la leche materna por falta de tiempo y espacio, la ausencia de condiciones de higiene de las aeronaves, no

²³ SSTS 1 de octubre de 2012 Rec. 2373/2011; 28 de octubre de 2014 Rec. 2542/2013.

²⁴ SSTS 24 de abril de 2012 Rec. 818/2011; 21 de junio de 2012 Rec. 2361/2011; 22 de noviembre de 2012 Rec. 1298/2011; 21 de marzo de 2013 Rec. 1563/2012; 24 de junio de 2013 Rec. 2488/2012; 19 de mayo de 2014 Rec. 1297/2013; 13 de mayo de 2015 Rec. 3114/2013.

²⁵ SSTSJ Castilla-La Mancha 12 de octubre de 2009 Rec. 584/2009; 24 de abril de 2017 Rec. 173/2017.

adaptadas para tal cometido, al no disponer de instalaciones frigoríficas²⁶, y no solo de incomodidad para la trabajadora sino la auténtica incompatibilidad entre la lactancia natural y las condiciones de trabajo terminarían afectando a la salud del lactante, al tener que interrumpir esa forma de alimentación. Si ante tales premisas, la empresa se negara a aceptar esta evidencia, lógicamente no proporcionaría a la trabajadora un puesto alternativo exento de riesgo, lo que abriría la puerta a que la trabajadora viera su contrato en suspenso ante la inactividad empresarial.

Varias conclusiones podemos extraer de esta “flexibilidad” que las decisiones judiciales han querido introducir en favor de la trabajadora sujeta a condiciones de trabajo como las descritas: ante todo, que el medio laboral en que realiza su actividad puede ser un obstáculo para la lactancia, lo que debe ser valorado por la empresa para no desembocar en una penalización de la misma, para no criminalizar a la trabajadora en lo que no es sino el libre ejercicio de un derecho. Incluso podría asociarse un eventual impedimento de la lactancia a la vulneración del principio constitucional de igualdad, si es que la empresa no ha actuado en favor de la supresión del riesgo y de la mejora de condiciones²⁷. Por otro lado, se ha identificado la lactancia con un acto personal y a la vez familiar, que requiere ser garantizado. Por consiguiente, es preciso que tanto las empresas como los poderes públicos asuman un compromiso asistencial para con las madres trabajadoras. Las empresas no deben velar únicamente por sus resultados económicos, sino que deben ser conscientes de su papel en la sociedad, y a ellas corresponde proteger y facilitar esa protección adicional a sus trabajadoras en período de lactancia.

Aparte del sector aeronáutico, las actividades dentro del sector sanitario y de cuidados no han estado exentas de polémica en cuanto a los pronunciamientos judiciales, que no siempre han sabido valorar el índice de riesgo sobre la trabajadora. Se ha acudido sobre todo al elemento de la probabilidad, denegando la prestación si la exposición a los agentes de riesgo es inapreciable, aconsejando a la empresa que libere a la trabajadora de ciertas tareas, que vaciarían de contenido el núcleo básico de sus competencias o asimilando diferentes puestos de trabajo con, lógicamente, dispares grados de riesgo en su desempeño²⁸.

IV. IMPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Hasta fecha reciente no se había entrado a valorar una posible vulneración del principio constitucional de igualdad de trato y no discriminación por razón de género ante una evaluación de riesgos y posterior denegación de la prestación no conforme a las pretensiones de la trabajadora²⁹. La presunta violación de este derecho tendría su origen en una declaración de aptitud de la trabajadora a la vista de las condiciones en que tendría que prestar su actividad con bastante frecuencia en su desempeño como personal sanitario³⁰. No era la primera vez, desde luego, que un órgano juzgador se enfrentaba a un supuesto como el descrito, en el que es habitual el contacto con agentes físicos, químicos y biológicos, e incluso psicosociales, en función del ritmo de trabajo desarrollado. Pero la novedad fue que el tribunal planteó esas concretas condiciones y la negativa de la empresa a adoptar

²⁶ SSTSJ Madrid 18 de mayo de 2011 Rec. 6294/2010; Canarias (Las Palmas) 20 de julio de 2016 Rec. 506/2016.

²⁷ STSJ Madrid 18 de mayo de 2011 Rec. 6294/2010.

²⁸ El eventual riesgo de agresión, por ejemplo, al que cualquier trabajador podría quedar expuesto en ciertas actividades, no guardaría relación con la lactancia, lo que determinaría una negativa a la obtención de la prestación. Y lo mismo sucedería con la distancia al centro de trabajo, que no tendría en modo alguno la consideración de riesgo específico para la lactancia y que en todo caso obedecería al ámbito de decisión y disposición de la trabajadora. Vid. STSJ Madrid 19 de diciembre de 2016 Rec. 858/2016; STSJ Galicia 8 de octubre de 2014 Rec. 265/2014.

²⁹ Solo el TC había incidido en este aspecto, declarando que “la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora, al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquél.” S. 17/2003 30 de enero F.j. 3.

³⁰ Auto TSJ Galicia 17 de julio de 2015 Rec. 1052/2014, reiterado más tarde en S. 8 de noviembre de 2017 resolviendo ese mismo recurso de suplicación.

cualquier intervención tendente a alejar a la trabajadora de ese contacto directo. Como quiera que la declaración de suspensión del contrato quedaría entonces fuera de su alcance, el tribunal decide encauzar el asunto con fundamento en una hipotética vulneración del derecho fundamental, apuntando la posibilidad de que los riesgos presentes en esas tareas permitan presumir la existencia de una discriminación, ya sea directa o indirecta, en dos momentos específicos: cuando la superior jerárquica de la trabajadora remite un informe destacando la presencia de riesgos de entidad que harían aconsejable la adaptación de condiciones por parte de la empresa, y sin que ésta haya actuado en tal sentido; y cuando la empresa ha elaborado un listado de puestos de trabajo exentos de riesgo, que junto al informe emitido por el servicio de prevención declarando apta a la trabajadora, podrían cuestionar la suficiencia probatoria de la ausencia de discriminación. Estas dudas llevan al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, cuyas conclusiones son muy reveladoras en relación con las obligaciones que competen a la empresa en materia de prevención de riesgos para sus trabajadoras en lactancia³¹. Por lo que a la discriminación se refiere, el Tribunal recuerda su conceptualización como trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad, constituyendo el objeto perseguido por las reglas del Derecho de la Unión Europea que regulan la igualdad de hombres y mujeres la protección de éstas antes y después del parto³², por lo que el mismo nivel de protección se ha de reconocer a las trabajadoras en período de lactancia que a aquellas embarazadas o que han dado a luz. Por tanto, y como primera premisa, para el TJUE todo trato menos favorable atendiendo a su condición de mujer en período de lactancia constituye una discriminación directa por razón de sexo, puesto que la empresa no puede tratar a una trabajadora en esta situación de la misma manera que a cualquier otro empleado, por requerir sus circunstancias peculiarizadas un trato especial y diferenciado. Por consiguiente, y ante la falta de una evaluación de riesgos en el puesto de una trabajadora en lactancia, debe ser entendida como una omisión, asociada a un trato menos favorable del que se derivaría una discriminación con fundamento en el art. 2.2 c) Directiva 2006/54. Respecto a la obligación de la trabajadora de probar la existencia de tal discriminación, el TJUE es taxativo en este sentido: será la parte demandada la que tendrá que demostrar que la evaluación de riesgos se ha realizado con arreglo a lo dispuesto en la normativa europea (art. 4 Directiva 92/85) e interna (art. 26 LPRL), pues una declaración empresarial de exención de riesgos en el puesto de la trabajadora y un informe manifestando la aptitud de ésta no constituyen sin más presunción iuris et de iure que otorgue validez plena a tales afirmaciones.

A nivel autonómico, el TSJ de Galicia recogió las conclusiones del tribunal europeo y resolvió finalmente el recurso de suplicación planteado, aun reconociendo la falta de certeza absoluta sobre una discriminación por razón de género, pero contando al menos con un indicio suficiente para poder intuir que la discriminación se había producido. No basta con que la empresa se libere de sus obligaciones simplemente atribuyendo un valor preeminente a informes y opiniones que no se sustentan en una previa evaluación de riesgos. Si diéramos validez a tal conducta, la empresa o incluso la entidad gestora o colaboradora tendría la última palabra en cuanto a la aplicación de la normativa sobre prevención, olvidando que han de ser siempre los tribunales de justicia quienes se han de pronunciar sobre estas cuestiones³³. La trabajadora, en este sentido, se vio forzada a solicitar la prestación directamente, porque con carácter previo, la inacción de la empresa no le dejaba otra salida, pues al no reconocer la presencia de riesgos, mal podría efectuar las adaptaciones precisas.

V. EL ELEMENTO RETRIBUTIVO Y SU TRASCENDENCIA EN LA PROTECCIÓN DEL RIESGO

El objetivo último perseguido por la trabajadora será quedar a salvo de los riesgos que inciden en la lactancia, sin que, en principio, adquiera preferencia la solicitud de prestación a la Seguridad Social sobre la petición a la empresa de que adapte las condiciones de trabajo o proceda a un cambio

³¹ S. 19 de octubre de 2017 Caso Elda Otero Ramos contra Servicio Galego de Saude e Instituto Nacional de la Seguridad Social C-531/15.

³² Como recuerda la S. 11 de noviembre de 2010 Caso Danosa C-232/09.

³³ STSJ Galicia 8 de noviembre de 2017 Rec. 1052/2014.

de puesto. Las consecuencias no son, sin embargo y como es evidente, las mismas en ambos supuestos, por cuanto la concesión de la prestación implica la pérdida transitoria del salario ante una falta de prestación laboral; en cambio, cualquier alteración en la forma de desarrollar su actividad debe estar presidida por ciertas garantías que impidan un trato discriminatorio y una pérdida de derechos retributivos. Así lo prevé el art. 26.2 LPRL para el único supuesto contemplando a nivel normativo: el cambio de puesto a otro grupo profesional, superior o inferior, aplicándose entonces las reglas que para la movilidad funcional dispone el art. 39.3 ET. De nuevo una norma en materia de prevención, la LPRL, prevé las consecuencias derivadas de tal movilidad, sin remitirse expresamente a lo dispuesto en el ET, aunque en último término sería de aplicación lo preceptuado en esta última.

Sucede, sin embargo, que las alteraciones organizativas acometidas por la empresa podrían repercutir en la remuneración de la trabajadora. Sin acogerse a la solución última de suspensión contractual, hay complementos susceptibles de eliminarse si no responden a la finalidad para la que se reconocieron. Esto es, se ha planteado hasta qué punto el cambio de funciones iría acompañado de una pérdida de parte de los ingresos obtenidos hasta entonces, en concreto dentro del sector sanitario, donde se realizan horas complementarias (guardias), bien de manera sistemática o como parte integrante del programa formativo de los médicos residentes. El TS resolvió un caso similar³⁴, en que la trabajadora había solicitado exención de guardias durante el embarazo y volvió a instarlo durante el período de lactancia, arguyendo su derecho a percibir la media ponderada de los últimos meses en concepto de guardias por entender que el no reconocimiento de tal abono implicaría una discriminación indirecta por razón de maternidad. A fin de no causarle un perjuicio económico y, probablemente también, para evitar que se apoyara en esa posible vulneración del derecho fundamental a la no discriminación, la empresa le ofreció la posibilidad de una prórroga en el contrato por todo el tiempo que hubiera permanecido en período de lactancia con el cambio de funciones asignadas, percibiendo en ese caso la totalidad de sus emolumentos.

El TS sitúa el problema en el marco de los derechos de las trabajadoras: lo relevante no es la naturaleza jurídica del tiempo de trabajo durante las guardias médicas, sino la garantía de mantenimiento de sus condiciones de trabajo, sin sufrir menoscabo que derive hacia una lesión del principio de igualdad y no discriminación.

Recuerda el TS la doctrina del TJUE en esta materia interpretando el art. 11.1 Directiva 92/85, que permite garantizar los complementos inherentes a la condición profesional de la trabajadora, como el de jerarquía, antigüedad y cualificación profesional, en tanto que no acogería la conservación de los complementos que dependen del ejercicio de funciones específicas, que actúan como compensación a los inconvenientes que la trabajadora debe soportar por ejercitar tales funciones. Según el TJUE, en consecuencia, no existe obligación absoluta de mantener la totalidad de la retribución durante los períodos de tiempo en que la prestación de actividad experimente alguna alteración relacionada con la maternidad y, por supuesto, no devendría discriminación alguna al concurrir tales circunstancias, que son objetivas y ajenas a cualquier voluntad en ese sentido, aunque realmente fundamentaran diferencias de retribución entre grupos no homogéneos de trabajadores³⁵.

El TS no sigue al pie de la letra la doctrina del tribunal europeo y prefiere centrarse en la normativa interna, que considera más beneficiosa para las trabajadoras. Destaca cómo la Directiva 92/85 no impide a los estados mejorar la protección de mínimos que en ella se incluye, y esto es precisamente lo que el ordenamiento español ha pretendido, a pesar de que no exista norma específica que permita blindar el importe de las guardias no realizadas mientras se mantiene la adaptación del puesto de trabajo. La argumentación seguida por el TS defiende la conservación de los derechos retributivos cualquiera que sea la medida que la empresa adopte ante un riesgo evaluado: si se produce la suspensión del contrato, se reconocerá un subsidio del 100 % de la base reguladora por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales; pero si la empresa

³⁴ STS 24 de enero de 2017 Rec. 1902/2015.

³⁵ STJCE 30 de marzo de 2000 Caso Jãm0 C-236/98.

emprende cualquier otra medida de adaptación en beneficio de la trabajadora, ésta habría de ver garantizado un equilibrio con el salario que venía percibiendo, sin sufrir merma alguna en sus ingresos. Se rechaza, por ello cualquier minoración retributiva pues, de lo contrario, se situaría a la trabajadora en un nivel de remuneración inferior a la no prestación de servicios, cuestionándose así el objetivo de protección de la seguridad y salud en relación con la maternidad. No obstante, el TS valora la buena disposición de la empresa y el hecho de que se haya concedido una prórroga en el contrato para que pueda realizar las horas de jornada complementaria y no se vea perjudicada su formación, si bien termina finalmente apreciando vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo reconociendo una indemnización por daños morales.

También desde el punto de vista retributivo, habría que traer a colación las consecuencias derivadas de una incapacidad temporal padecida por la trabajadora cuyo puesto de trabajo ha sido calificado como de riesgo. La prestación económica por riesgo durante la lactancia sigue las pautas previstas en el Capítulo IV RD 295/2009 para el riesgo durante el embarazo que, en concreto, en su art. 37 examina la incompatibilidad entre ambas figuras. Si la trabajadora se halla en situación de incapacidad temporal y solicita la prestación de riesgo durante la lactancia, lógicamente ésta no se concederá hasta que la incapacidad temporal se extinga³⁶ y la interesada se encuentre realmente sometida a un riesgo en su trabajo³⁷. Se ha pretendido dejar clara la irrazonabilidad de solicitar una prestación cuando la trabajadora no se encuentra en contacto con ningún factor de riesgo que pueda afectar a su salud³⁸, aunque no hubiera sido necesaria tal precisión. Más controvertido sería el supuesto inverso, en que se encuentra percibiendo el subsidio de riesgo durante la lactancia, alejada, desde luego, de su puesto de trabajo, y pretende solicitar un subsidio de incapacidad temporal (entendemos que por contingencias comunes, puesto que su contrato se halla en suspenso). Quizá lo que se ha querido poner en valor no es tanto la incompatibilidad de ambas prestaciones, sino la pérdida económica que supondría tener que renunciar al subsidio por lactancia (100 % base reguladora por contingencias profesionales) para pasar a percibir un subsidio de incapacidad temporal asociado a contingencias comunes con una cuantía notablemente inferior. En la protección conferida se ha querido incluir, en nuestra opinión, una garantía de derechos económicos que de no haberse incorporado expresamente a la norma reglamentaria hubiera suscitado notables controversias. Surgen en este sentido algunos interrogantes a los que no se ha dado respuesta: en tales circunstancias es evidente que se pasaría de un plano de capacidad laboral cualificada por un riesgo, a lo que sería una imposibilidad de prestar la actividad a causa de un riesgo sobrevenido (la incapacidad temporal). Con la opción por la que se inclina la norma reglamentaria no queda claro qué sucedería si termina la prestación de lactancia por cumplimiento de nueve meses de edad por parte del hijo y la trabajadora continúa manteniendo esa falta de capacidad para el trabajo. Podría iniciarse desde entonces una incapacidad temporal o quizá descontarse del tiempo de subsidio por lactancia ya disfrutado. Y en el supuesto inverso, si el subsidio de lactancia no se reconoce hasta que no se extinga la incapacidad temporal (más problemática si es por contingencias comunes) que podría conducir a una pérdida de derechos económicos o incluso a una imposibilidad absoluta de reconocimiento si la incapacidad temporal se prolonga más allá de los nueve meses del menor. En lo referente a la adaptación del puesto de trabajo o a la disponibilidad de uno exento de riesgos, la

³⁶ Aunque algún intento de obtener la diferencia retributiva, con resultado denegatorio para la interesada, sí que se ha producido. Vid. STSJ Madrid 24 de abril de 2017 Rec. 173/2017.

³⁷ El TSJ Andalucía (Granada) considera tal petición contraria a la naturaleza de este subsidio y al principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social. S. 7 de septiembre de 2017 Rec. 284/2017.

³⁸ Ello explica que tampoco se mencione la situación asimilada al alta en el art. 32.1 RD 295/2009 como requisito para ser beneficiaria del subsidio, puesto que la trabajadora no se encuentra prestando servicios. Sí sería admisible, en cambio, el alta de pleno derecho, cuando la empresa hubiera incumplido su obligación de encuadramiento, aunque el INSS no sería responsable subsidiario de la prestación, a diferencia de lo que sucede con el accidente de trabajo, pues tal responsabilidad, como han declarado los tribunales, está prevista para contingencias profesionales “lesivas”, que hayan causado daño, mientras que el riesgo durante el embarazo y durante la lactancia son contingencias profesionales “preventivas” que persiguen evitar la aparición del daño en la trabajadora. Vid. esta argumentación en STS 10 de diciembre de 2014 Rec. 3152/2013. Lo mismo cabría afirmar en caso de cese de la actividad de la empresa, que no afectaría a la percepción del subsidio porque entre las causas de extinción del art. 31.4 RD 295/2009 no se contempla tal supuesto.

trabajadora debería reincorporarse a la empresa, pero con una incapacidad temporal no declarada, por incompatibilidad legal, no podría hacerlo.

VI. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ¿SOLUCIÓN IDEAL?

Tanto la LGSS (art. 188) como el art. 49 RD 295/2009 contemplan como situación protegida el período temporal durante el cual el contrato de la trabajadora ha debido suspenderse por ineficacia de otras medidas que la empresa no se encuentra en condiciones de adoptar. Para las trabajadoras por cuenta propia, el RD se refiere al período de interrupción de la actividad profesional mientras se mantenga la lactancia, decidida por la propia trabajadora, actuando como elemento de prueba la certificación de los servicios médicos de la entidad gestora o colaboradora. Prescindiendo de este segundo supuesto en el que, por razones obvias, no se producen efectos suspensivos en una inexistente relación laboral, lo cierto es que tal resultado, como sabemos, solo culminaría en un reconocimiento de las prestaciones ante la imposibilidad por parte de la empresa de poner en marcha otras medidas alternativas que, es preciso puntualizar, no son obligatorias para aquella. Esta podría, simplemente, pasar por alto cualquier actividad adaptativa en las condiciones de trabajo o en el puesto desempeñado por la trabajadora, sin ofrecerle ninguna otra propuesta, y acceder directamente a la suspensión del contrato, en lo que sería una actitud meramente pasiva y, por supuesto, libre de complicaciones.

En contra de lo que parece, no debiera ser ésta la opción manejada por la empresa y debería ceñirse a lo previsto en la normativa legal: “debiendo (la empresa) cambiar de puesto de trabajo (a la trabajadora) por otro compatible, no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados” (fundamentalmente, por no poder asumir un coste económico excesivo). Es la falta de adecuación o la inviabilidad lo que permite a la empresa, ya sí, decidir la suspensión del contrato que le une con la trabajadora. Por tal motivo, las decisiones judiciales la califican como una medida subsidiaria, de segundo grado, para cuando concurre un riesgo específico en un puesto de trabajo: solo sería posible acordar la suspensión tras la prueba de la existencia de tal especificidad y de valorar como insuficientes o ineficaces otras medidas previas³⁹.

La trabajadora debería esperar a que la suspensión haya sido declarada para, a partir de ese momento, solicitar la prestación: no cabe anticipar la petición a falta de ese requisito, pues estaríamos ante un contrato de trabajo con plenos efectos, que no permitiría la concesión del subsidio. Es, a criterio de los tribunales, una condición sine qua non, y el día de la suspensión coincidirá con la fecha de comienzo de la prestación. Si, por el contrario, la trabajadora no ha interrumpido su actividad, se eliminaría toda posibilidad de concesión⁴⁰, porque su objetivo se dirige a paliar la falta de ingresos, algo que no se produce si el contrato está en vigor.

La falta de cumplimiento de este requisito ha forzado a algunas trabajadoras a solicitar una excedencia, en vista de que la empresa no accede a declarar la suspensión. En otras ocasiones, es la empresa la que ha preferido no prescindir de los servicios de la trabajadora y ofrecerle una reducción de jornada o una acumulación de horas de lactancia en jornadas completas (art. 37.4 ET), que no resolvería en absoluto el problema, pues su duración sería muy breve y en poco tiempo la trabajadora volvería a quedar expuesta al riesgo. Además, tal ofrecimiento supondría entremezclar una medida de protección relacionada con la salud y lo que serían derechos de conciliación, que responden a finalidades distintas⁴¹. Lo que de ningún modo sería admisible es condenar a la trabajadora a seguir prestando su actividad en las mismas condiciones, ante una evidente inacción empresarial. En tales supuestos, la suspensión del contrato se revelaría como el recurso más adecuado para la protección de la salud de la trabajadora y el lactante, aunque no se respetara esa secuenciación de medidas que la ley contempla, pues lo primordial es evitar la causación de perjuicios.

³⁹ SSTs 18 de marzo de 2011 Rec. 1863/2010; 23 de enero de 2012 Rec. 1706/2011; 1 de octubre de 2012 Rec. 2373/2011; 28 de octubre de 2014 Rec. 2542/2013.

⁴⁰ STSJ Andalucía (Granada) 7 de septiembre de 2017 Rec. 284/2017.

⁴¹ SSTs 24 de abril de 2012 Rec. 818/2011; 21 de junio de 2012 Rec. 2361/2011.

Como vemos, son muchas las imperfecciones que entorpecen el buen funcionamiento de esta figura. Sin caer en un fatalismo absoluto en cuanto a un pretendido fracaso de la regulación del riesgo durante la lactancia, lo cierto es que son demasiados los obstáculos que encuentra la trabajadora para hacer valer su derecho. Lo que debiera ser un mecanismo de salvaguarda de la salud, a utilizar según sus necesidades, se convierte con excesiva frecuencia en una ruleta rusa en la que, dependiendo de la concienciación empresarial hacia la garantía de derechos vinculados a la maternidad, se actúa o no en tal sentido facilitando o, por el contrario, dificultando la lactancia en lo que ha de ser exclusivamente una opción de la trabajadora.

VII. CONCLUSIONES

La breve trayectoria de la prestación por riesgo durante la lactancia natural y el hecho de que sus perfiles aún no se hayan delimitado con carácter definitivo, permite mantener esperanzas de que en el futuro su regulación vaya dirigida finalmente a los objetivos para los que fue creada. La apertura de una nueva vía jurisprudencial, que sitúa en un plano secundario la existencia de riesgos en el puesto de trabajo para apreciar de modo prioritario la imposibilidad o inconveniencia de desempeñar las tareas bajo ciertas condiciones no deseables es lo que ha marcado la evolución de la doctrina de los tribunales de los últimos años. Sin olvidar sus orígenes, como fórmula jurídica para alejar a la trabajadora de los riesgos a los que puede quedar expuesta, sería más conveniente tomar en consideración el derecho de toda mujer a mantener su lactancia, incluso más allá de los nueve meses que marca la ley si tal es su decisión, en lo que sería una finalidad de protección familiar que en la actualidad aún no se ha visto reconocida.

CAPÍTULO XVI. EL TIEMPO DE TRABAJO COMO FACTOR DE RIESGO EN LA LACTANCIA NATURAL

JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ

*Profesora Titular –acreditada– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

I. CUESTIONES PREVIAS

La prevención y protección social del riesgo durante la lactancia natural fue integrada en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo¹, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, con el objetivo esencial de fomentar la integración de las mujeres en el mundo laboral y favorecer la conciliación de la vida familiar con la profesional. Todo ello de acuerdo con la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre², de 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 lactancia³.

La disposición adicional duodécima de dicha Ley Orgánica implicó la modificación del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre⁴, de prevención de Riesgos Laborales al incluir la protección de la trabajadora y del recién nacido en las situaciones de riesgo que se producen durante la lactancia natural cuando las condiciones de un puesto de trabajo pueden tener repercusiones negativas en la salud de la trabajadora o del menor (art. 26.4 LPRL). Hasta este momento la LPRL sólo protegía a la mujer en periodo de maternidad, como colectivo especialmente sensible en esta etapa de su vida (art. 26.1 a 3).

La disposición adicional decimoctava de la Ley Orgánica 3/2007 supuso, a su vez, la modificación de la protección social para reconocer expresamente el riesgo durante la lactancia natural como una de las situaciones cubiertas por la Ley General de la Seguridad Social, cuando las medidas de prevención no son suficientes o no es posible su aplicación por razones inherentes a la situación productiva de la empresa. Para la protección de esta situación se introdujo un nuevo capítulo IV (arts. 135 bis y ter) en el Título II de la LGSS del texto refundido de Ley general de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Actual Capítulo IX (arts. 188 y 189) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁵, en el que se regula de manera específica la prestación económica como consecuencia de aquella situación de riesgo.

A la hora de planificar la acción preventiva el tiempo de trabajo es uno de los factores que inciden de manera significativa en la generación de riesgos en el periodo de maternidad, tanto de embarazo como de lactancia natural. Con esta aportación se pretende dilucidar los elementos del tiempo de trabajo, a turnos y nocturno, y las condiciones en que estos se desarrollan, que pueden implicar la suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora en periodo de lactancia y su paso a

¹ BOE de 23 de marzo de 2007.

² DOCE L, 348, de 28 de noviembre de 1992.

³ Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CE de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DOCE L 183, 1989).

⁴ BOE de 10 de noviembre de 1995.

⁵ BOE de 31 de octubre de 2015.

situación protegida por el sistema de Seguridad Social; así como los requisitos que se exigen para que la protección se active.

II. PREVENCIÓN DE RIESGOS EN EL PERIODO DE LACTANCIA

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), en transposición de la Directiva 89/391, regula desde su aprobación las obligaciones preventivas básicas para el empresario en los supuestos de maternidad (art. 26). Las medidas de prevención se recogen en los apartados 1 y 2. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, se introduce un apartado 4 al artículo 26 de la LPRL, con el objeto de ampliar el derecho de prevención de riesgos a la situación de lactancia natural. Al efecto, el apartado cuarto establece que “Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo”. El legislador amplía así la prevención de riesgo durante el embarazo a las trabajadoras que hubieran dado a luz y se encuentren en situación de lactancia natural, considerando ambos casos equiparables a nivel preventivo. Ello por cuanto el hijo nacido es especialmente sensible a cualquier agresión externa, además de garantizar el derecho de la madre y el hijo en óptimas condiciones de seguridad y salud. Las obligaciones preventivas que regula la LPRL en el art. 24 son:

1. EVALUACIÓN DE RIESGOS

Los riesgos a los que pueden estar expuestas las trabajadoras en periodo de lactancia pueden ser muchos y muy variados. Para su identificación y consideración de cara a la actuación preventiva, la primera obligación que la LPRL impone al empresario es la realización de una evaluación de riesgos. Para la realización de la evaluación el apartado 1 del art. 26 LPRL remite art. 16 de la Ley donde se encuentra su régimen jurídico, desarrollado a su vez en el Capítulo II del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención⁶. En el art. 16 se establece la obligación de realizar una evaluación inicial de los riesgos generados por la actividad productiva de la empresa, que afectan a cada uno de los puestos de trabajo en función de la actividad, herramientas, maquinaria, sustancias y características del desarrollo del trabajo.

A partir de dicha evaluación inicial, deberán volverse a evaluar los puestos de trabajo que puedan verse afectados por la incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto de trabajo [art. 4.2 c) RD 39/1997]. Este es el supuesto de las trabajadoras en periodo de lactancia, dado que las condiciones de trabajo pueden afectar de manera especial al lactante por su vulnerabilidad. Aquí estamos en la evaluación de riesgos específica del puesto que ocupa la trabajadora, con unas características personales y biológicas concretas en el momento de la lactancia, a la que hace alusión el art. 26.1 de la LPRL.

Esta **evaluación específica** debe comprender la determinación de la naturaleza del riesgo, el grado y la duración de la exposición de la trabajadora a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud, y/o la del lactante, lo que incluye cualquier aspecto del trabajo que pueda tener una incidencia sobre el bien protegido. Entendidas las condiciones de trabajo con la amplitud que determina el apartado 7 del art. 4 de la LPRL, y la concreción que permita adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición al mismo.

A través del RD 298/2009, de 6 de marzo, se llevó a cabo la modificación del RD 39/1997, en cuanto a la implementación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, o en periodo de lactancia. Con esa reforma se introduce en el Reglamento los Anexos I y II de la Directiva 92/1985, que recogen un listado no exhaustivo de condiciones de trabajo que potencialmente pueden dañar a la trabajadora, y catalogadas en elementos químicos, físicos o biológicos. Entre las condiciones no materiales que pueden afectar se encuentran

⁶ BOE de 31 de enero de 1997.

el trabajo nocturno, a turnos, ritmos de trabajo y condiciones de su desempeño, por el efecto que pueden tener sobre la madre y a la vez sobre la cantidad y calidad de leche para el lactante.

Conviene precisar que el empresario sólo está obligado a realizar la evaluación de riesgos y a adoptar las medidas preventivas si conoce el estado de lactancia de la empleada (art. 2, Directiva 82/95). Situación que no requiere la comunicación directa por parte de la trabajadora, siendo suficiente para iniciar las actuaciones su conocimiento a través del servicio de prevención, trabajadores designados o representantes de los trabajadores. En caso de no comunicarse no se podría exigir al empresario responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones preventivas, por mero desconocimiento del objeto de las mismas.

2. ADAPTACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Una vez determinadas las circunstancias y la existencia de riesgos en la evaluación de riesgos, el art. 26.1 de la LPRL impone al empresario el deber de adoptar las medidas pertinentes y necesarias para evitar la exposición de la trabajadora a dichos riesgos. Entre las medidas que prevé se encuentran las de adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo. La adaptación de las condiciones implica la realización de los cambios que sean necesarios en el espacio físico, proceso de trabajo, utilización de herramientas y maquinaria, y la exposición a agentes físicos, químicos o biológicos causantes del riesgo. En cuanto a la adaptación del tiempo de trabajo, la norma prevé la medida para los casos en que no sea posible eliminar el riesgo, pero el efecto dañino pueda evitarse mediante la reducción del tiempo de exposición a él. A renglón seguido, la Ley introduce como medida preventiva la no realización de trabajo nocturno o a turnos, cuando resulte necesario para evitar o minorar el riesgo (art. 26.1 LPRL).

Lógicamente, la adopción de medidas preventivas no puede demorarse en el tiempo dado el bien que intentamos proteger. En tanto la medida, o medidas que se precisen, son implementadas, la trabajadora deberá ser cambiada de puesto o pasar a la suspensión del contrato de trabajo. No obstante, cuando la adaptación del puesto o tiempo de trabajo no sea posible, o no sea suficiente para evitar el daño, la Ley prevé el cambio de puesto de trabajo a uno exento de riesgo. Esta medida obligatoria para el empresario también lo es para la trabajadora, en cuanto estamos ante la preservación de la salud e integridad física y emocional (art. 15 de la CE)⁷.

3. CAMBIO DE PUESTO DE TRABAJO O FUNCIÓN

El apartado 2 del art. 26 LPRL, aplicable también a la situación de riesgo durante la lactancia, regula que cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o, a pesar de tal adaptación, el puesto de trabajo siga influyendo negativamente en la salud de la trabajadora lactante o el hijo, esta deberá pasar a prestar servicios en un puesto o una función distinta que sea compatible con su situación de madre lactante. Al igual que en el caso de la adaptación del puesto o tiempo de trabajo, la necesidad de cambio de puesto debe ser certificada por los Servicios Médicos del Instituto Nacional de Seguridad Social o de la Mutua, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, previo informe del médico del Servicio Nacional de salud que asista facultativamente a la trabajadora o al hijo (art. 26.4 LPRL).

El art. 26.2 configura el cambio de puesto o función de acuerdo a las reglas y criterios aplicables en los supuestos de movilidad funcional, en este caso por razón de protección de la salud; por tanto tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora o del hijo permita su reincorporación a su anterior puesto. A los efectos de favorecer que el cambio sea posible la norma establece la obligación del empresario de confeccionar una relación de puestos de trabajo en la empresa exentos de riesgos para la lactancia, previa consulta con los representantes de los trabajadores, lo que garantizará el conocimiento de dichos puestos y su disponibilidad.

⁷ En el mismo sentido Sánchez Linde M. "La adaptación del puesto de trabajo y traslado en la situación de riesgo durante la lactancia" *Diario La Ley*, núm. 8919, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2017, pág.4.

En principio la Ley configura el cambio de puesto aplicando los criterios y reglas propias de la movilidad funcional ordinaria, con lo que la trabajadora podrá ocupar uno de los puestos disponibles, dentro de la relación de puestos exentos de riesgo, que esté dentro de su grupo profesional o las categorías equivalentes. En este caso el traslado debe respetar los límites propios de la movilidad en cuanto a titulación y categoría, dignidad, formación profesional, promoción y salario. Cuando la movilidad funcional ordinaria no sea posible por no existir puesto exento de riesgo para la situación de lactancia, el art. 26.2 LPRL, permite la movilidad extraordinaria. En este caso la trabajadora puede ser trasladada a un puesto no correspondiente a su grupo profesional, pero conservando siempre el conjunto de retribuciones del puesto de origen. Es decir sin que su salario se vea minorado en el supuesto de ejercer funciones de una categoría inferior.

En el caso de que el cambio de funciones o puesto de trabajo no resulta técnica u objetivamente posible, o no se pueda razonablemente exigir al empresario por motivos justificados (porque tal puesto no existe, o no hay en la empresa una vacante adecuada y exenta de riesgos), la trabajadora podrá pasar a la situación de suspensión de contrato por riesgo durante la lactancia de hijos menores de nueve meses, conforme al art. 45.1.d) del ET.

III. EL TIEMPO DE TRABAJO COMO FACTOR DE RIESGO EN EL PERIODO DE LACTANCIA NATURAL

El tiempo de trabajo es uno de los aspectos de las condiciones de trabajo que tiene repercusión directa sobre la vida diaria. El número de horas de trabajo y su distribución pueden afectar no sólo a la calidad de vida en el trabajo, sino a la vida extralaboral. En la medida en que el tiempo libre es utilizado para la vida personal, atenciones familiares y la vida social, constituye un elemento determinante del bienestar de los trabajadores.

Existe consenso entre los estudiosos en la materia en que la actividad laboral debería desarrollarse durante el día a fin de conseguir una coincidencia entre la actividad laboral y la actividad fisiológica. Sin embargo, esto no es siempre posible por las características de los procesos productivos o las necesidades del servicio. Por lo que se hace necesario establecer turnos de trabajo con horarios que están fuera de los que se consideran aconsejables para el equilibrio biológico, físico y mental del trabajador.

En el caso del trabajo nocturno, las investigaciones sanitarias demuestran que es perjudicial para la salud dado que el cuerpo humano está diseñado para trabajar y generar energía en el tiempo diurno. Los efectos negativos del turno de noche sobre la salud de las personas se dan a distintos niveles. Por un lado se ve alterado el equilibrio biológico por el desfase de los ritmos corporales y por los cambios en los hábitos alimenticios. También se dan alteraciones en la vida social que afectan emocional y psicológicamente al trabajador. Por ello es necesario proteger especialmente a estos trabajadores y limitarles el tiempo de trabajo para reducir los riesgos.

En el supuesto de la lactancia natural, a los efectos generales tenemos que añadir la necesidad de combinar la alimentación del hijo. La lactancia es un estado biológico regulado por una serie de factores maternos y del niño. El equilibrio entre ambos conlleva una adaptación mutua. Este equilibrio fisiológico puede verse alterado por múltiples factores entre los que se encuentran los factores del trabajo y su organización, que pueden incidir sobre el equilibrio de la madre y sobre el hecho mismo de la lactancia. Es el caso del horario y distribución de la jornada.

El tiempo de trabajo, como factor esencial en la generación de riesgos es tomado en consideración por la normativa, tanto internacional como europea y nacional, para establecer los límites en cuanto al tiempo de trabajo y las pautas para la prevención de los riesgos. A nivel Europeo la Directiva 93/104 sobre ordenación del tiempo de trabajo⁸, reconoce explícitamente como medida de seguridad y salud la limitación del tiempo de trabajo y su ordenación. En el ámbito interno esta Directiva está desarrollada por el ET, que regula disposiciones generales para todas las actividades

⁸ Diario Oficial nº L 307 de 13/12/1993.

referentes a tiempo de trabajo, descansos, trabajo a turnos y nocturno. Y, el RD 1561/1995, de 21 de septiembre⁹, sobre jornadas especiales de trabajo regula las disposiciones específicas sobre la limitación de jornada en sectores y trabajos determinados, cuya realización por encima de ciertos límites pueda entrañar un riesgo para los trabajadores.

El ET en el art. 36 considera trabajo nocturno el desarrollado entre las 10 y las 6 de la mañana. Trabajador nocturno se considera a la persona que desarrolla al menos 3 horas de su jornada diaria en este periodo o un tercio de la jornada anual. El trabajo a turnos es definido por la Directiva 93/104 y asumido por el ET art. 36.3 como forma de organización del trabajo, en la que los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo según un ritmo determinado, rotatorio o no y de forma continua o discontinua, lo que implica que el trabajador preste sus servicios en horario diferente en un periodo determinado de días o semanas.

Para proteger a estos trabajadores, tanto la Directiva como el ET imponen una serie de obligaciones:

- La jornada de los trabajadores nocturnos tiene como límite (en promedio) 8 h., diarias, calculado en periodos de 15 días. En caso de realizar trabajos con riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes, la jornada no podrá superar en términos absolutos las 8 h. diarias. El ET prohíbe la realización de horas extraordinarias a los trabajadores nocturnos. El RD 1561/1995 permite la ampliación del límite de jornada y la realización de horas extraordinarias para casos excepcionales de necesidad.

- Tanto la Dir., como el ET prevén la realización de evaluaciones médicas al inicio del trabajo nocturno y de forma periódica para controlar su estado de salud y prevenir problemas.
- Los trabajadores con problemas de salud derivados del trabajo nocturno, deberán ser trasladados a un puesto diurno para el que sean aptos (siempre que sea posible).
- Para evitar discriminación o trato desigual con respecto a los trabajadores diurnos, tanto la Dir., como el ET disponen que las medidas de prevención y protección estarán adaptadas a las tareas que se realizan y los servicios de prevención serán equivalentes a los de los trabajadores diurnos.
- Para el trabajo a turnos, el ET dispone que en empresas con procesos productivos continuados durante las 24 h. Los trabajadores tienen derecho a rotar de forma que no permanezcan en el turno de noche más de 2 horas consecutivas, salvo adscripción personal.

En el caso de las trabajadoras en periodo de lactancia, la directiva 92/85 CEE, específica sobre seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, considera no adecuados para la mujer embarazada, de parto reciente y en periodo de lactancia el trabajo nocturno y a turnos, indicando la necesidad de dar la opción a la trabajadora para el cambio de horario. En el ordenamiento interno la LPRL que se ocupa de transponer esta Dir., en el art. 26 dispone que para prevenir posibles repercusiones sobre la lactancia se prevea la no realización de trabajo nocturno o a turnos, cuando sea necesario. De la dicción del precepto se desprende que no es obligatorio el cambio del puesto salvo en los supuestos en que de la evaluación de riesgos se demuestre que estas circunstancias son generadoras de riesgo para la salud de la trabajadora o el hijo.

Ahora bien, como hemos señalado anteriormente, tanto el trabajo nocturno como a turnos puede generar riesgos añadidos a los generales en estos puestos. Estas circunstancias horarias pueden suponer un trastorno para el cuidado del lactante, tanto por la disfunción de horarios en la alimentación, como por la calidad de la leche materna. La prestación de servicios con estas alteraciones de tiempos puede generar en la madre, estrés, aumento de cansancio y tensión física y

⁹ BOE, núm. 230, de 26 de septiembre.

emocional, que se puede traducir en problemas físicos y/o psíquicos para ella que transmite al hijo a través de la leche. Además, hay que tener en cuenta que tanto el trabajo nocturno como a turnos exigen que la madre pautе la extracción de la leche para alimentar al hijo en su tiempo de ausencia. Ello requiere que las instalaciones donde presta la actividad estén acondicionadas para que la trabajadora pueda extraerse la leche en condiciones óptimas de comodidad, tranquilidad y salubridad, además de disponer un lugar idóneo para su conservación. La falta de estos medios puede generar, igualmente, tensión en la madre, mala calidad de la leche y problemas físicos como la aparición de mastitis e incluso puede llegar a su desaparición.

También puede ocurrir que la extracción de leche no sea posible por características fisiológicas de la madre, o prescripción médica o pediátrica, en cuyo caso no quedará más opción que el cambio de puesto a horario compatible con su estado, y si esto no fuera posible, pasar a la trabajadora a situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia por el tiempo que perdure la situación, y como máximo hasta los nueve meses del hijo (art. 26.4 LPRL).

Según el criterio de la Guía del Instituto Nacional de Seguridad Social, elaborada por la Asociación Española de Pediatría, para la orientación de la valoración del riesgo laboral durante la lactancia, tanto la nocturnidad como los trabajos a turnos no implican por sí mismos un claro riesgo para la lactancia, aunque consideran que ambas circunstancias repercuten en una lactancia más incómoda debido al horario. Por ello recomiendan la exclusión de la mujer en periodo de lactancia de la turnicidad y de la nocturnidad, sin que esto tenga que implicar la suspensión de la actividad laboral; es decir, siempre que organizativamente sea posible.

Llegados a este punto es importante señalar que el empresario está obligado a proporcionar a la trabajadora los resultados de la evaluación de riesgos específica, según lo establecido en el art. 18 de la LPRL. Ello es importante a efectos de que la trabajadora pueda solicitar el informe preceptivo del médico que la asista a ella o al hijo, para reclamar la adaptación del puesto, incluido el tiempo de trabajo, y de no ser posible solicitar el paso a situación de suspensión del contrato de trabajo.

IV. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

Como medida preventiva subsidiaria para preservar la seguridad y salud de la trabajadora en periodo de lactancia o del hijo, el art. 26.4 de la LPRL establece que podrá declararse el paso de la empleada afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses, contemplada en el art. 45.1 d) del ET, siempre que se den las circunstancias previstas en el apartado 3 del art. 24. Es decir, cuando el cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, y así lo certifiquen los servicios médicos del Instituto Nacional de Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, previo informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o al hijo.

La suspensión del contrato de trabajo implica el paso de la trabajadora a situación protegida por la Seguridad Social mediante la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, regulada en los arts. 188 y 189 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Anteriores 135 bis y ter del texto refundido de Ley general de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Preceptos que fueron introducidos en nuestro ordenamiento jurídico por la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, con el objeto de mejorar la integración de la vida laboral y familiar.

A efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, el art. 188 de la LGSS establece que “se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el art. 23.4 de la LPRL, y dicho cambio no

resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”. La prestación económica se ajusta a los mismos términos y condiciones de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y según prescribe el art. 26.4 se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación (art. 189 LSS). El régimen jurídico de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural fue desarrollado por el RD 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Y, al igual que la LGSS plantea la prestación en paralelo con el régimen jurídico previsto respecto del subsidio por riesgo durante el embarazo, ya que su concesión, por mandato legal, se realiza en las mismas condiciones que éste.

Son múltiples los litigios planteados por denegación del derecho a la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural por el Instituto Nacional de Seguridad Social o la Mutua, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, derivado de condiciones relacionadas con el tiempo de trabajo o que constituye un factor más. Por tanto, son muchas las ocasiones en que el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse en unificación de doctrina sobre el tema, creando doctrina consolidada al respecto. A la hora de resolver, el Tribunal establece como premisa para el acceso a la situación protegida de suspensión del contrato de trabajo, y la correspondiente prestación económica en los términos previstos en la LGSS, el cumplimiento de los presupuestos normativos establecidos de manera sucesiva en la LPRL¹⁰.

Siguiendo el esquema de la Ley, la primera exigencia es que se haya realizado la evaluación de riesgos según el procedimiento señalado en el art. 16 de la LPRL. Como señalamos, la evaluación debe ser específica del puesto de trabajo de la trabajadora en periodo de lactancia que solicita la suspensión. El análisis debe abarcar todas las condiciones del trabajo que puedan afectar a su estado biológico. En los resultados de la evaluación, además de otros, deben aparecer debidamente descritos, valorados y acreditados los elementos de las condiciones asociadas al tiempo de trabajo constitutivos de riesgo para la trabajadora o el hijo¹¹. La falta de concreción y acreditación del riesgo es suficiente para rechazar que se den las circunstancias de la situación protegida¹².

Según estas premisas, no procede el reconocimiento del derecho a una camillera de hospital cuyo informe acredita de forma genérica como riesgo del puesto de trabajo la realización de trabajos en régimen de nocturnidad y a turnos (guardias de 24 horas seguidas), sin posibilidad de cambio al no existir en la empresa puesto de trabajo exento de nocturnidad ni posibilidad de adaptar los turnos de trabajo¹³. Tampoco se admite la solicitud de una Enfermera-due en un servicio de neonatología que desempeña su actividad en turnos de mañana, tarde y noche, y aduce entre otros riesgos el psicosocial derivado de la turnicidad y nocturnidad; igualmente la empresa argumenta imposibilidad de adaptación del turno, e inexistencia de puesto exento de nocturnidad que pueda ocupar la trabajadora, sin justificación alguna de dicha imposibilidad¹⁴. En ambos casos se trata de evaluaciones genéricas de riesgos que afectan a todos los trabajadores que ocupan estos puestos, sin precisar las características concretas del trabajo generadoras del riesgo que hace el trabajo incompatible con la lactancia. En todos los supuestos el Tribunal manifiesta que la mera falta de identificación y valoración del riesgo impide la posibilidad de adaptación de las condiciones de

¹⁰ Por todas SSTS de 17 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3421), y 22 de noviembre de 2011 (RJ 2011, 1467).

¹¹ Entre otras SSTS de 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 2147); 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 5116); 21 de junio de 2012 (RJ 2012, 8964); 1 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1451); 23 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2825); 24 de junio de 2013 (RJ 2013, 6110); 28 de octubre de 2014 (RJ 2015, 4).

¹² Entre otras, SSTS de 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 2147); 1 de octubre de 2012 (RJ 2012, 2147).

¹³ STS de 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 2147).

¹⁴ STS de 24 de junio de 2012 (RJ 2012, 6110).

trabajo; así como el reconocimiento de otros puestos exentos de riesgo que puedan ser ocupados por las trabajadoras afectadas, y que puedan estar dentro de su mismo grupo profesional o fuera de él¹⁵.

A la hora de resolver se tiene en cuenta que el trabajo a turnos y nocturno no son condiciones de trabajo prohibidas por la LPRL en el periodo de lactancia. Simplemente se incluye su no realización cuando resulte necesario (art. 26.1 LPRL), luego para que sean considerados riesgos hay que demostrar el perjuicio que conllevan para la madre o el hijo. Igualmente, no son factores de riesgo incluidos dentro del listado del Reglamento de los Servicios de Prevención, ni la Asociación Española de Pediatría, en su guía sobre orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural, lo considera un riesgo en sí mismo, salvo que se demuestre que las particularidades concretas del trabajo afectan de forma perniciosa a la lactancia. La Guía simplemente aconseja el cambio de puesto nocturno y a turnos cuando sea posible por las molestias que conllevan para la lactancia, y sin que ello implique una suspensión del contrato de no acreditar las circunstancias que lo puedan configurar como perjudicial¹⁶.

Es doctrina sentada por el Tribunal que para que las condiciones de trabajo nocturno y a turno, o cualquier característica de la distribución horaria, supongan un riesgo para la lactancia natural, debe quedar demostrado que el horario de trabajo resulta inadecuado con los periodos regulares de alimentación del lactante, precisando que esto es así siempre y cuando la incompatibilidad de la “toma” directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche y su conservación, dadas las circunstancias particulares del lugar de trabajo en que se desarrolle la prestación del servicio. El riesgo también cabe reconocerlo cuando se acredite que la extracción de leche es un método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante¹⁷.

Encontramos otros supuestos de trabajadoras en centros de salud en los que a la declaración del riesgo genérico derivado del trabajo nocturno y a turnos se adjunta un informe del Servicio de prevención donde se recomienda la realización de pausas durante la jornada para la lactancia materna o la extracción de la leche para la posterior utilización (20 min., mínimo), en un lugar adecuado, con intimidad, en asiento cómodo y en condiciones higiénicas adecuadas¹⁸. En otro supuesto se recomienda no sobrepasar los turnos de ocho horas y establecer periodos de descanso, y no realizar trabajo nocturno de forma habitual o rotatoria¹⁹. O informe en el que se establece que la actora debe evitar en lo posible la realización de guardias presenciales de 24 horas consecutivas²⁰. Como se observa en todos los casos se manifiesta la necesidad de adoptar medidas concretas para minorar el riesgo, y a la vez se declara la imposibilidad de modificación de las condiciones de trabajo y el cambio de puesto a otro exento de riesgo. En ningún caso se demuestra cuáles son las causas de la imposibilidad, lo que indica que el informe se realiza de manera genérica sin análisis de la situación concreta ni estudio de las posibles medidas a implementar para eliminar el riesgo.

Estas situaciones, además de la denegación del derecho, plantean la posible responsabilidad del empresario por omisión de su obligación de modificación o cambio de puesto cuando sea preceptivo y posible, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir una situación de riesgo no puede verse impedido por la omisión del empresario de sus obligaciones preventivas. Las infracciones pueden ir de grave por no realizar la evaluación de riesgos [art. 12.1 b) LISOS], a muy grave por inobservar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia (art. 13.1 LISOS). De la misma forma que la entidad gestora

¹⁵ Entre otras SSTs de 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 2147); 1 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1451), y 21 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3825)

¹⁶ Así se argumenta en las STS de 1 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1451) y 28 de octubre de 2014 (RJ 2015, 4).

¹⁷ Por todas STS de 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 5116). Criterio que se mantiene en todos los supuestos de riesgo para la lactancia natural en que el factor de riesgo es el tiempo de trabajo.

¹⁸ STS de 1 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1451). La trabajadora desarrolla su trabajo en el servicio de urgencias de un hospital, en turnos rotatorios de mañana, tarde y noche, con libranza de tres días.

¹⁹ STS de 7 de abril de 2014 (RJ 2014, 3750). Se trata de una ATS-Due en servicio de urgencias de un centro hospitalario en turnos de mañana tarde y noche, con jornada diurna de catorce horas y nocturna de diez.

²⁰ STS de 21 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3825). ATS que realiza guardias de 24 horas en el servicio de urgencias de un hospital para traslado de pacientes a otros hospitales en UVI móvil.

tampoco tendría que soportar, al margen de la procedencia en su caso del anticipo de la prestación, el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido su obligación preventiva²¹.

El derecho a la suspensión y consiguiente prestación se reconoce en el caso de una enfermera que presta servicios en UVI móvil, con jornada de 24 horas de disponibilidad permanente y presencial cada seis días. Su función consiste en apoyar los tratamientos médico-quirúrgicos de emergencia que se practiquen. Aunque tampoco consta evaluación de riesgos específica del puesto, el Servicio de prevención elabora un informe detallado en el que especifica que la trabajadora era apta para el trabajo con limitaciones para la lactancia, por lo que se recomendaba evitar el turno de 24 horas en trabajo nocturno y que se pusiera a disposición de la trabajadora un lugar confortable y adecuado, además de un frigorífico para el caso de que tuviera que amamantar o extraer la leche materna en el lugar de trabajo. Bajo estas premisas, la trabajadora solicitó la adaptación del puesto a lo que la empresa contesta negativamente, pero a diferencia de los supuestos anteriores, argumentando las razones de la imposibilidad²². Por ello, el Tribunal considera cumplidas las exigencias de acreditar la imposibilidad de adaptación del puesto y el traslado a otro distinto, por lo que cabe el reconocimiento²³.

También se reconoce el derecho a tripulantes de cabina de pasajeros con trabajos en días consecutivos o alternos, pero horarios partidos y exigencia de pernoctar una o más noches en otros destinos²⁴. El trabajo se desarrollaba en la aeronave donde el único lugar de privacidad para la extracción de la leche era el baño (que solo se limpia por la noche y donde se almacenan las bolsas de residuos que se acumulan en el día). Y, en caso de extracción de la leche, el único lugar para la conservación era el cajón de refrigeración de las bebidas de los pasajeros. El empresario no aporta evaluación específica del periodo de lactancia, por tanto no se lleva a cabo la adaptación ni el cambio del puesto. Como solución ofrece a la trabajadora la acumulación del tiempo de lactancia en jornadas completas, a lo que la trabajadora se niega al no resolver el problema.

Ante estas condiciones de trabajo, y aunque no se cumplen todos los presupuestos exigidos por la LPRL, el Tribunal reconoce el derecho a la suspensión del contrato como medida última de salvaguarda de la salud de la trabajadora o del lactante. Considera que ante la falta de ofrecimiento alternativo por la empresa a la trabajadora no le queda otro remedio que seguir prestando servicios con riesgo para la lactancia natural, o la suspensión de la leche materna al hijo. El sistema de turnos, la distribución horaria y la coincidencia de su prestación de servicio en la aeronave, sin posibilidad de extracción y conservación de la leche, impiden las pautas de las tomas propias de la lactancia natural, lo que puede generar problemas de mastitis e incluso inhibición de la leche materna; lo que a su vez puede generar riesgo psicosocial a la trabajadora.

Una vez más estamos ante un supuesto de inactividad empresarial de sus obligaciones preventivas. En este supuesto con un claro perjuicio para la salud de la trabajadora y/o el lactante, lo que puede ser constitutivo de una infracción muy grave según el art. 13.1 de la LISOS. La solución aportada por el empresario de acumulación del tiempo de lactancia en jornadas completas no sólo no soluciona el problema sino que puede ser constitutivo de vulneración del derecho a la maternidad y conciliación de la vida laboral y familiar, ya que la trabajadora se vería obligada a renunciar a la lactancia natural. Estamos ante una confusión entre las medidas de protección de la trabajadora

²¹ En este sentido SSTS de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011, 5811), 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 2147), y 13 de mayo de 2015 (RJ, 2015, 4275), entre otras.

²² Directora del Servicio de Emergencias Sanitarias emitió informe especificando que no resultaba posible la adaptación del puesto de trabajo ni el traslado de la trabajadora a otro de enfermera o de otro tipo en la Consellería de Sanidad, toda vez que el SAMU constituye un compartimento estanco respecto de las restantes unidades sanitarias de la Consellería demandada. Tiene unos procedimientos específicos de acceso y unas bolsas de trabajo propias.

²³ STS de 3 de abril de 2018 (RJ 2018, 133688).

²⁴ SSTS de 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 5115); 21 de junio de 2012 (RJ 2012, 8964) y 22 de noviembre de 2012 (RJ 2013,355).

relacionadas estrictamente con la salud (art. 26 LPRL y 188 y 189 LGSS), y los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar (art. 37.4 ET). Instituciones con finalidades diferentes²⁵.

V. CONCLUSIONES

El periodo de lactancia, al igual que la situación de embarazo, constituye un estado biológico de la trabajadora que la hace más sensible a los riesgos derivados del trabajo por el efecto que estos pueden tener sobre la alimentación del hijo y su salud; y por tanto para la que la LPRL introduce obligaciones específicas de prevención al empresario.

Dentro de las condiciones de trabajo, el tiempo de trabajo implica un factor de riesgo en el período de lactancia por cuanto el horario y la distribución de la jornada pueden incidir de forma negativa sobre el equilibrio de la madre y sobre el hecho mismo de la lactancia. La normativa preventiva no considera el trabajo a turnos y nocturno un riesgo en sí mismo, aunque aconsejan su no realización cuando sea necesario, para lo que se hace preceptivo evaluar su incidencia sobre la trabajadora expuesta. De esta manera el empresario estará en condiciones de adoptar las medidas preventivas necesarias.

Para que las condiciones de trabajo nocturno y a turno, o cualquier característica de la distribución horaria, supongan un riesgo para la lactancia natural, debe quedar demostrado que el horario de trabajo resulta inadecuado con los periodos regulares de alimentación del lactante. Esto será así siempre y cuando la incompatibilidad de la “toma” directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche y su conservación, dadas las circunstancias particulares de la actividad o del lugar de trabajo en que se desarrolle la prestación del servicio. El riesgo también cabe reconocerlo cuando se acredite que la extracción de leche es un método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante.

Para el acceso de la trabajadora a la situación protegida de suspensión del contrato de trabajo, y la correspondiente prestación económica en los términos previstos en la LGSS, es preceptivo el cumplimiento de los presupuestos normativos establecidos de manera sucesiva en la LPRL:

1. Evaluación de riesgos específica del puesto trabajo, donde aparezcan debidamente descritos, valorados y acreditados los elementos de las condiciones asociadas al tiempo de trabajo constitutivas de riesgo para la trabajadora o el hijo. La falta de concreción y acreditación del riesgo es suficiente para rechazar que se den las circunstancias de la situación protegida.

2. Adaptación del puesto de trabajo mediante las medidas preventivas adecuadas y necesarias para eliminar el riesgo, o hacerlo compatible con el estado de la trabajadora y el hijo.

3. Cambio de puesto de trabajo a otro compatible, en caso de no ser posible la adaptación del puesto, o no sea suficiente para la eliminación del riesgo. Al tratarse de una medida para garantizar la salud, el cambio de puesto puede ser dentro de su mismo grupo profesional y funciones, o fuera de él.

Ahora bien, es posible la suspensión del contrato como medida última de salvaguarda de la salud de la trabajadora o del lactante cuando quede acreditado el riesgo y no haya ofrecimiento alternativo por la empresa a la trabajadora, de manera que no le quede otro remedio que seguir prestando servicios con riesgo para la lactancia, o suspender la lactancia materna.

La acumulación del tiempo de lactancia en jornadas completas no es una medida de prevención de riesgos laborales (art. 26 LPRL), sino de conciliación de la vida laboral y familiar (art. 37.4 ET). Ambas con finalidades distintas. Por tanto, una vez detectado el riesgo laboral no cabe la acumulación del tiempo de lactancia como paliativo, sino la adopción de las medidas preventivas pertinentes siguiendo los postulados de la LPRL.

²⁵ La STS de 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 5115).

CAPÍTULO XVII. EL DERECHO DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES A UNA ADECUADA PROTECCIÓN SOCIAL: EL PERSISTENTE Y LAMENTABLE OLVIDO DE LOS PODERES PÚBLICOS

SARA RUANO ALBERTOS

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I*

I. INTRODUCCIÓN

Es incuestionable que estamos asistiendo a un rápido envejecimiento no sólo de la población española, sino también de la mundial. La ampliación de la esperanza de vida y las bajas tasas de natalidad, operan sobre ese rápido envejecimiento. Entre 2015 y 2050¹, la población mundial mayor de 60 años de edad pasará de 900 millones a 2.100 millones, lo que representa un aumento desde el 11 % al 22 % de la población. En Europa, en el 2050 este mismo colectivo representará un 34 % de la población. Ese proceso de envejecimiento será especialmente importante en España, donde la proporción de mayores de 65 años respecto a la población de 20 a 64 años pasará del 30,4 % en 2015 al 75,5 % en 2050 (53,2 %)². Sin duda, este proceso incrementará también el número de personas mayores dependientes necesitadas de cuidados. De hecho, el año 2017³ terminó con 264.951 personas en situación de dependencia reconocida y otras 120.213 pendientes de valoración; personas, que previsiblemente tendrán menos recursos económicos⁴ como consecuencia de la agravación de las desigualdades económicas y sociales entre los mayores y de los recortes en materia de pensiones.

La vida laboral es cada vez más irregular y a nadie se le escapa las altas probabilidades de permanecer desempleados en algún momento de la vida productiva⁵, a lo que se une normalmente unas bajas retribuciones⁶ como resultado de una persistente y cada vez mayor precariedad laboral.

¹ OMS: “*Acción multisectorial para un envejecimiento saludable basado en el ciclo de vida: proyecto de estrategia y plan de acción mundiales sobre el envejecimiento y la salud*”. CONSEJO EJECUTIVO. EB138/16 138.ª reunión 18 de diciembre de 2015 Punto 7.4 del orden del día provisional.

² OCDE: *Preventing Ageing Unequally*. Published on October 18, 2017.

³ Asociación Estatal de Directores y Gerentes de Servicios Sociales de España: *XVIII Dictamen del Observatorio de la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*.

⁴ En el 2017, la pensión media de jubilación, se encontraba en 1042,65 euros; la pensión media de la Incapacidad permanente en 929,69 euros; la de viudedad en 637,87 euros; la de orfandad en 374,61 euros, a favor de familiares en 523,63 euros; la pensión media de todas las pensiones se encuentra en 903,56 euros. INSS: *Estadísticas del INSS: “Estadísticas de Series cronológicas de pensiones-Años (dato anual) por clase y pensión*.

⁵ La tasa de paro en el primer trimestre de 2018 se situó en el 16,74 %, la tasa de paro de los hombres en 15,18 % y la de las mujeres en un 18,54 %. Las tasas de paro en el 2017 entre los jóvenes fueron las siguientes: De 16 a 19 años 54,54 %; de 20 a 24 años 35,22 % y de 25 a 29 años 22/97 %. INE: *Tasas de paro por sexo y grupo de edad*. Estos datos ponen de manifiesto las dificultades para alcanzar largas carreras de cotización.

⁶ El salario medio en el 2016 se situó en 1.878,09 euros/mes, supuso un descenso de 15,6 euros respecto a 2015. Los hombres tuvieron una mayor concentración relativa en salarios altos que las mujeres. Así, el 34,6 % de los varones ingresaron más de 2.137,5 euros en el 2016, frente al 24,9 % de las mujeres. En los salarios bajos ocurrió al contrario. El 40,3 % de las mujeres tuvo un salario inferior a 1.229,3 euros, frente al 20,7 % de los hombres. El salario medio de las mujeres en el 2016 fue de 1.661,0 euros al mes, mientras que el de los varones alcanzó los 2.075,7 euros. Una de las razones principales de estas desigualdades en salario medio y distribución salarial entre hombres y mujeres es que ellas (...)

Estos problemas serán más acuciantes para las mujeres. La desigualdad de género previsiblemente se mantendrá si no se adoptan medidas eficaces para combatirla. La OCDE señala que, de media, los pagos anuales de pensiones para mayores de 65 años son cerca de un 27 % más bajo para las mujeres, siendo su pobreza en la vejez mucho más alta entre ellas que entre los hombres⁷. Si además, se une que la esperanza de vida de las mujeres es superior⁸ a la de los hombres, el problema se agrava; pero se acentúa aún más si se tiene en cuenta que en España en el año 2015, el promedio del número de años que se esperaba fuesen vividos con mala salud era de 22 años –17,9 años en hombres y 26,1 años en mujeres–, es decir, la tendencia vendría a ser que las mujeres viven más años que los hombres, pero normalmente con una salud más precaria⁹, lo que previsiblemente incrementará su dependencia y necesidad de cuidados. A finales del año 2017¹⁰ de todas las personas con dependencia reconocida (como se ha señalado, 1.264.951 personas) dos tercios son mujeres (65 %) y un tercio (35 %) hombres. El 72,24 % de los dependientes reconocidos tiene más de 65 años y los mayores de 80 son el 54,57 %. A la vista de tales datos, los gobiernos están obligados a afrontar estos graves problemas con medidas eficaces capaces de paliar sino eliminar estas serias situaciones de necesidad fruto de las desigualdades y de unos ingresos insuficientes en la vejez¹¹.

El aumento de la esperanza de vida da lugar a unas contingencias específicas de este colectivo (aun cuando no es el único pero sí el más numeroso)¹². De hecho, el perfil de las personas que solicitan ayuda son mayoritariamente mujeres mayores de ochenta años (a 31 de marzo de 2018 son 406.856 es decir, el 64,9 %), seguidas, en lo que a demanda de estos servicios se refiere, de los varones de ochenta o más años (con un total a la fecha indicada de 120.460, lo que supone el 35,5 %)¹³. El rápido crecimiento de la demanda de cuidados por parte de las personas mayores dependientes hace aún más necesario, si cabe, dotar a la asistencia de la persona dependiente en el entorno familiar de las garantías precisas con la finalidad de prevenir un mayor riesgo de pobreza al que estarán abocadas ante la carencia de una adecuada protección social. Este tipo de asistencia constituye la opción preferida de las personas mayores habida cuenta de su permanencia en su entorno familiar.

trabajan a tiempo parcial, con contratos temporales y en ramas de actividad menos remuneradas en mayor proporción que los varones. INE: *Decil de salarios del empleo principal*. EPA – 2016.

⁷ OCDE: *Preventing Ageing Unequally*. Published on October 18, 2017

⁸ España continúa siendo el país con una esperanza de vida más longeva de la Unión Europea con una media de 82,8 años en 2015, si bien, para las mujeres se sitúa en 85,6 años y en el caso de los hombres en 80 años. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: *Indicadores de Salud 2017. Evolución de los indicadores del estado de salud en España y su magnitud en el contexto de la Unión Europea*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2017.

⁹ Según el Informe sobre Indicadores de Salud 2017, las diferencias por sexo en la esperanza de vida se reducen de forma importante cuando se tiene en cuenta los años vividos sin limitación de actividad, de tal manera que la ganancia de años de esperanza de vida en las mujeres respecto a los hombres se realiza fundamentalmente a expensas de años vividos con limitación de actividad. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Indicadores de Salud 2017. Evolución de los indicadores del estado de salud en España y su magnitud en el contexto de la Unión Europea*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2017.

¹⁰ Asociación Estatal de Directores y Gerentes de Servicios Sociales de España: *XVIII Dictamen del Observatorio de la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*.

¹¹ Efectivamente, la OCDE ya señala que, en promedio, en los países de la OCDE, alrededor de dos tercios de la desigualdad de ingresos de por vida se transmite a la vejez pensiones; en España, este traspaso es cercano al 100 % debido a un fuerte vínculo entre contribuciones y beneficios. Esto probablemente desencadena una mayor desigualdad de ingresos entre los futuros jubilados. España no tiene fuertes redes de seguridad que redistribuyan la pensión ingresos, a diferencia de muchos otros países de la OCDE que tienen estos como un complemento a los planes de pensiones relacionados con los ingresos. OCDE: *Preventing Ageing Unequally*. Published on October 18, 2017.

¹² La RECOMENDACIÓN N° (98) 9 Del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la dependencia. (Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en la 641 g reunión de Delegados de Ministros) definió la dependencia como: "...un estado en el que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tiene necesidad de una asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar las actividades corrientes de la vida diaria...".

¹³ Fuente: SAAD-IMSERSO, *Servicio de Estadísticas de la Subdirección General Adjunta de Valoración, Calidad y Evaluación*. 1.8. PERFIL DE LA PERSONA BENEFICIARIA CON PRESTACIÓN: SEXO Y EDAD. Situación a 31 de marzo de 2018.

En nuestro país, a la vista de las estadísticas disponibles¹⁴, la figura del cuidador no profesional, tras su incorporación expresa en el modelo previsto por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, desempeña un importante papel en el cuidado y atención de las personas dependientes y ello a pesar de la excepcionalidad con la que se configura. Pero, además, este sector de los cuidadores no profesionales es un sector fuertemente feminizado¹⁵, consecuencia del clásico rol que la mujer ha venido teniendo en el entorno familiar, por lo que las mujeres son las que, fundamentalmente, padecen la ausencia de una adecuada regulación que les dote de un marco legal acorde con el importante trabajo que realizan dentro de nuestra sociedad.

II. LA APROBACIÓN DE LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: UN PASO ADELANTE EN EL BIENESTAR DE LAS PERSONAS DEPENDIENTES

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹⁶ instauró un sistema que, sin duda, supuso un gran avance en relación con la situación anterior en la medida en que se estableció un modelo integral¹⁷ y universal¹⁸ del que nuestro país carecía con anterioridad. Su objetivo fue publicar la atención y cuidado de las necesidades de un amplio colectivo que por sus circunstancias -edad, enfermedad o discapacidad-, se encuentran en situación de dependencia, necesidades que tradicionalmente eran asumidas por el entorno familiar. Para dar respuesta a esas necesidades de atención a la dependencia y a la promoción de la autonomía personal se creó una nueva rama del sistema de protección social: el “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)”, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas, si bien, la Administración General del Estado asumió la obligación de garantizar un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio español. La Ley de Dependencia estableció un calendario de aplicación gradual¹⁹ de acceso

¹⁴ Las prestaciones económicas, siguiendo una tendencia ligeramente decreciente, representan en total un 43 %, cuyo componente principal son las prestaciones para cuidadores en el entorno familiar. JIMÉNEZ-MARTÍN, S., VIOLA, A.: *Estudios sobre la Economía Española - 2017/22*. Observatorio de dependencia. Octubre 2017.

¹⁵ En el 2016 las mujeres cuidadoras en el entorno familiar que habían suscrito convenio especial suponían un 89 % frente al 11 % de hombres, según datos de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), según la situación de alta en convenio especial de cuidadores no profesionales a el 31 de diciembre de 2016.

¹⁶ Especial importancia para su promulgación tuvo el Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia, resultado del trabajo desarrollado en la Mesa de Diálogo Social donde se abordó, en el 2005, la cuestión de la dependencia, firmado por los agentes sociales con el Gobierno, y que supondría un impulso fundamental para la creación del SAAD.

¹⁷ Así, como se recoge en el Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de Dependencia, se venían cubriendo algunas necesidades vinculadas a determinadas situaciones de dependencia desde el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social, en particular, a través de las pensiones de gran invalidez, los complementos de ayuda a tercera persona en la pensión no contributiva de invalidez o las prestaciones familiares por hijo a cargo cuando éste tenga una discapacidad, el antiguo subsidio por ayuda de tercera persona previsto en el Real Decreto 383/1994, de 1 de febrero, por el que se regula el sistema de prestaciones económicas y sociales previsto en la Ley 13/1984, de 7 de abril, de Integración social de los minusválidos, así como la rehabilitación de personas con discapacidad y asistencia a las personas mayores establecidas en el artículo 38.e) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Consejo Económico y Social: *Dictamen sobre el anteproyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, 22 de febrero de 2006.

¹⁸ Dentro de los principios que inspira la norma –artículo 3-se encuentra precisamente la “universalidad” en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación.

¹⁹ La clasificación de situaciones se ha puesto en relación con el calendario de aplicación gradual de la Ley, que prevé ocho años para su plena efectividad y alcance a todas las situaciones contempladas por el baremo:

- 2007: personas valoradas con un Grado III de gran dependencia, niveles 2 y 1.
- 2008-2009: personas valoradas con un Grado II de dependencia severa, nivel 2.
- 2009-2010: personas valoradas con un Grado II de dependencia severa, nivel 1.
- 2011-2012: personas valoradas con un Grado I de dependencia moderada, nivel 2.
- 2013-2014: personas valoradas con un Grado I de dependencia moderada, nivel 1.

a los servicios y recursos disponibles en función del grado de dependencia de las personas que lo solicitaban. A partir de 1 de enero del 2007- fecha de entrada en vigor de la Ley – dio comienzo un sistema de ayudas a las personas con un elevado grado de dependencia, que finalizaría con la implantación de las ayudas a las personas con grado de dependencia moderado²⁰.

Debe tenerse en cuenta, que el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) se configura como una red de utilización pública que se integra, de forma coordinada por centros y servicios, públicos y privados, de manera que la red de centros que prestan esta atención estaría formada por los centros públicos de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal y para la atención y cuidado de situaciones de dependencia, así como por los centros privados concertados debidamente acreditados²¹ e incluso también podrían prestar esta atención centros y servicios privados no concertados pero, en estos supuestos, se requiere de la debida acreditación de la Comunidad Autónoma correspondiente.

En todo caso, las prestaciones de atención a la dependencia pueden comportar servicios²² que se organizan en función de dos objetivos: por un lado, la promoción de la autonomía personal y, de otro, la atención y el cuidado. A estos servicios se les confiere carácter prioritario y para aquellos supuestos en los que no es posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, en función del grado y nivel de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario, de acuerdo con lo previsto en el convenio celebrado entre la Administración y la comunidad autónoma correspondiente, se posibilita una prestación económica vinculada a la adquisición de un servicio²³. Esta prestación económica está destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en el Programa Individual de Atención (PIA), al que se hace referencia en el artículo 29 de la Ley de Dependencia, debiendo ser prestado por una entidad o centro acreditado para la atención a la dependencia. Asimismo, y también con carácter excepcional, se prevé una prestación económica dirigida al beneficiario para ser atendido por cuidadores no profesionales, pero siempre que se den las condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención. De igual manera, en su caso, pueden recibir una prestación económica con la finalidad de financiar a un asistente personal que les facilite el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. La prioridad en el acceso a los servicios y la cuantía de las distintas prestaciones está determinada por el grado de dependencia y la capacidad económica.

Con el Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, a través de su artículo 22, modifica, entre otras cuestiones, la estructura de la dependencia con la supresión de los niveles, manteniéndose solamente los tres grados de afectación.

²⁰ A partir del enero de 2007- fecha de entrada en vigor de la Ley – dio comienzo un sistema de ayudas a las personas con un elevado grado de dependencia. La disposición final primera de la Ley de Dependencia fue modificada por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, en su disposición final décimo cuarta modificó el calendario de aplicación de la Ley de Dependencia inicialmente establecido, retrasando la efectividad del derecho a las prestaciones de personas con dependencia moderada hasta 2013. Por su parte, la reforma de la Ley de Presupuestos generales del año 2012 volvió a retrasar la efectividad del derecho a las prestaciones de personas con dependencia moderada hasta 2014, no obstante, reconoce el derecho a ser atendidas a aquellas personas con dependencia moderada -nivel 2-, a las que se hubiera reconocido la situación de dependencia antes de la entrada en vigor de la propia Ley de Presupuestos y además, se les hubiese reconocido el derecho a la prestación o bien hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido para reconocérselo. Finalmente, el Real Decreto-ley 20/2012, en el artículo 22.17, volvió a modificar el calendario de aplicación de la Ley, retrasando la efectividad del derecho a las prestaciones de personas con dependencia moderada, hasta el 1 de julio de 2015.

²¹ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en régimen de dependencia (artículo 16).

²² Los servicios del artículo 15 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados.

²³ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en régimen de dependencia (artículo 17).

Así, en este sistema de protección de la dependencia se otorga a las prestaciones económicas un carácter secundario, priorizando la prestación de servicios profesionalizados a través de la Red Pública de Servicios Sociales. Ese carácter prioritario de los servicios tiene su fundamento no solo en la necesidad de aliviar la carga de las familias, sino también en tratar de dar una mayor calidad en la atención que reciben los beneficiarios –no hay que olvidar que los cuidadores familiares carecen normalmente de formación- a la vez que propician el empleo en este sector. Pero, resulta evidente, que para su efectiva priorización se requiere de una financiación adecuada en relación al número de personas dependientes que tengan que ser atendidas. La inversión, por tanto, en el desarrollo de las infraestructuras para la prestación de servicios resultan así claramente una necesidad, si de lo que se trata es de dar una adecuada atención a las personas en situación de dependencia.

Con carácter general, la Ley de Dependencia estableció tres vías de financiación pública: la aportación de la Administración General del Estado en concepto de nivel mínimo de protección, de forma que el Gobierno, oído el Consejo Territorial del SAAD, determina el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del sistema en función del grado y nivel de su dependencia, como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia. La financiación de este nivel de protección corresponde así íntegramente a la Administración General del Estado, a través del IMSERSO, que anualmente es quien fija en sus presupuestos el importe correspondiente a este nivel de protección. Se viene articular así mediante el abono mensual a cada una de las comunidades autónomas del importe económico correspondiente, determinado en función del número de personas con derecho reconocido a prestaciones del SAAD y en función del grado y nivel reconocido. Además, la Administración General del Estado participa también en el nivel de protección acordado con las comunidades autónomas²⁴ y hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio²⁵, con las cotizaciones sociales de cuidadores no profesionales asociados a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar. Finalmente, y de forma adicional, las Comunidades Autónomas podrían establecer de forma voluntaria un nivel adicional. Este nivel tendría un carácter complementario. A esta financiación pública se añadiría, por último, la participación del beneficiario en el coste de las prestaciones²⁶.

La complejidad de la norma resulta más que evidente en una cuestión tan fundamental como es la relativa a la financiación. Y, sin duda, este sistema de financiación ha tenido que ver en el desfase

²⁴ Efectivamente, la Ley de Dependencia en sus artículos 10 y 32, apartado 3, establece una fórmula adicional de financiación por parte del Estado denominado nivel acordado, mediante la suscripción de Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas. Este nivel de protección está condicionado a la existencia de crédito consignado en los Presupuestos Generales del Estado. La disposición transitoria primera fijó un periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2015, durante el cual la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas debían acordar el marco de cooperación interadministrativa que debía ser desarrollado mediante la suscripción de los Convenios mencionados. Estos recursos del nivel acordado se venían distribuyendo en función de la población potencialmente dependiente, modificándose el criterio para pasar a fijarse en función de la población dependiente ya evaluada, lo que no dejó de provocar en las Comunidades Autónomas, déficit o superávit según tuvieran en cuenta uno u otro concepto. No obstante, en la Ley 2/2012, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, en concreto, en su disposición adicional 40, se suspendió la realización de estos convenios con las Comunidades Autónomas para establecer el grado de financiación respectivo de las prestaciones del SAAD del nivel acordado; suspensión que se ha venido reiterando a través de las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

²⁵ Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

²⁶ El artículo 33 de la Ley de Dependencia y establece que el Consejo Territorial del SAAD habrá de fijar los criterios mínimos de participación de las personas beneficiarias en las prestaciones, según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal. Señala que para fijar dicha participación se tendrá en cuenta la distinción entre servicios asistenciales y de manutención y hoteleros. La Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, vino a establecer los criterios mínimos comunes para la determinación de la capacidad económica personal de los beneficiarios del SAAD y criterios para su participación económica en las prestaciones del Sistema. Con todo, las comunidades autónomas o Administración competente, pueden establecer una mayor participación del beneficiario en el coste de los servicios y prestaciones, de la que resultaría de la aplicación de los criterios mínimos establecidos en la mencionada resolución.

entre las previsiones de la norma relativas a la priorización de los servicios y la realidad, que no es otra que la prevalencia de las prestaciones económicas.

III. LAS PREVISIONES NORMATIVAS EN RELACIÓN CON LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES Y SUS INCONGRUENCIAS

Así las cosas, la Ley de Dependencia no vino sino a hacer efectiva la recomendación del Consejo de Europa relativa a la dependencia²⁷ en la que ya se apuntaba la problemática que supondría el envejecimiento de la sociedad como consecuencia de una esperanza de vida creciente, motivando así un notable incremento de la dependencia, lo que requeriría la adaptación de la sociedad a esta nueva situación. De manera que para hacer frente a este riesgo social se haría necesaria la intervención pública habida cuenta de que la cobertura del riesgo vendría a formar parte integrante de todo el sistema de protección social, por lo que, en definitiva, correspondería a los poderes públicos garantizar los cuidados necesarios. Además, ya se resaltaba la importancia y el valor social del rol de los cuidadores como participantes indispensables del sistema de cuidados y ayuda a las personas dependientes. La recomendación no era ajena al hecho de que el entorno familiar supone el gran soporte de las personas dependientes por lo que no dejaba de abogar por una mejor formación y reconocimiento.

La Ley de Dependencia puso así en práctica un sistema de servicios y prestaciones económicas a las que las personas dependientes tendrían derecho, pero dando prioridad a los servicios sobre las prestaciones económicas. Pues bien, dentro de éstas últimas, se reconoció, pero de forma excepcional, las prestaciones económicas para el cuidado en el entorno familiar. La propia norma definió los cuidados no profesionales (art. 2.5), como la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada. Por lo tanto, no se trataba de prestaciones económicas vinculadas a la adquisición de un servicio; ni tampoco se vinculaban a una contratación, como en el supuesto de asistencia personal, sino que claramente se hacía hincapié en su carácter familiar y en la apofesionalidad, aún, cuando la propia norma (art.18.4), encomendaba al Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia no solo la promoción de acciones de apoyo a estos cuidadores no profesionales, sino también la atención a su formación. La Ley de Dependencia puso de relieve, de un lado, que se trataba de un servicio de atención no profesionalizada, aun cuando de otro, requería que se formara adecuadamente a estos cuidadores en el entendimiento de que la formación mejoraría la atención de las personas dependientes; haciendo recaer, la prestación de tal servicio, según su artículo 2.5, en personas de su familia o entorno y, según el artículo 18, en el entorno familiar.

Como se puede observar, nada más difuso²⁸, si se atiende a lo establecido en la Ley, que la identificación de las personas que podrían prestar el servicio. El primer precepto se refería a la familia o entorno, conceptos que tienen significados distintos; así, la “familia” supone la existencia de lazos de consanguinidad o afinidad²⁹- sin especificar por la norma los grados, mientras que “entorno” remite a personas cercanas a la persona dependiente, que no tienen por qué tener lazos familiares. Por su parte, el artículo 18 parecía circunscribirlo al “entorno familiar” al desaparecer la conjunción alternativa que indica ámbitos de procedencia del cuidador distintos-, y unir expresamente “entorno” y “familia” (“al entorno familiar”), sin que se supiera claramente si se debía

²⁷ RECOMENDACIÓN N° (98) 9 Del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la dependencia. Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en la 641 g reunión de Delegados de Ministros).

²⁸ Según la opinión del CES, este artículo no establece con claridad suficiente la naturaleza del vínculo que debe existir entre la persona en situación de dependencia, receptora de cuidados informales y el cuidador principal para que sea efectivo el reconocimiento del derecho a la prestación económica. Esta carencia debería ser, por tanto, subsanada con la mención del vínculo familiar en las condiciones para el reconocimiento. *Dictamen 3/06 del CES sobre el anteproyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.*

²⁹ Sobre el particular, vid. VICENTE PALACIO, A.: “El parentesco por afinidad en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la protección social”, en AA.VV. (Dir. Orón Moratal) *“La familia política ante el ordenamiento jurídico”*, Pamplona (Aranzadi), 2016.

entender “entorno familiar” como familia, en cuyo caso debería tratarse de ascendientes, descendientes o demás personas relacionadas entre sí por parentesco consanguíneo o legal; o si se quería hacer referencia al entorno familiar en el sentido de personas cercanas aunque no existieran lazos de consanguinidad o afinidad.

La necesaria concreción de quién podía asumir la condición de cuidador personal, vino de la mano del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo³⁰. A través de esta norma reglamentaria, en su versión originaria, se concretó quién podría asumir la condición de cuidador profesional, circunscribiéndolo al cónyuge del dependiente y a sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco. A renglón seguido se determinaba qué personas y en qué supuestos, no existiendo lazos de parentesco, podrían ser cuidadores; permitiéndose sólo excepcionalmente –lo que no dejaba de suponer una excepcionalidad dentro de la ya excepcional prestación económica- y se circunscribió a una concreta situación: cuando la persona en situación de dependencia tuviera su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, o caracterizado por la despoblación, o por circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidiesen o dificultasen otras modalidades de atención. Sólo en este caso la administración competente podría, como señalamos, permitir excepcionalmente la existencia de cuidados no profesionales prestados por parte de una persona de su entorno que residiera en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo hubiera hecho durante el periodo previo de un año sin tener la condición de “familiar” en los términos señalados.

Todo ello sin olvidar que la prestación económica se otorgaba, según la propia norma, al beneficiario para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se cumplieran las condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo estableciera su Programa Individual de Atención. Lo que vendría a implicar que la prestación se reconocía a la persona dependiente pero sin que se concretase que dicha ayuda debía dirigirse a remunerar al cuidador, aun cuando la preposición “para” denota dicha finalidad: “cuidados familiares”. Así pues, el beneficiario habría de destinar esa prestación económica a los cuidados, pero sin especificar más, resistiéndose la norma a considerar tal ayuda como retribución al cuidador por servicios prestados³¹. La problemática entendemos devendría si decidiese destinar la prestación económica a la retribución del cuidador: ¿cómo se calificaría ese paso de la prestación económica concedida a la persona dependiente –destinatario de la misma- a su cuidador como remuneración del servicio prestado?

En fin, se trataba, según la norma, de personas prestatarias de un servicio no profesional pero con la voluntad de que tuvieran una formación³² adecuada cuando, en realidad, formación y profesionalización van indisolublemente unidas y, además, sin retribución, por lo que se hacía hincapié en el carácter familiar o cuasi familiar de la persona que lo llevaba a cabo. Pero, a mayor abundamiento, el cuidador no profesional que no recibía contraprestación alguna por esos cuidados debía ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social³³, conforme a lo que establecía el propio artículo 18.3 de la Ley de Dependencia. Este precepto mandataba al

³⁰ Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (art.1).

³¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006», TL, núm. 89. 2007; MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores informales”. RL, núm. 11, 2009; SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Reformas en materia de Seguridad Social por el Real Decreto-Ley 20/2012 de 13 de julio, AS, enero, 2012; GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “La reforma de la protección social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Retrocesos e Incertidumbres”, AS, núm. 11, 2014.

³² De conformidad con lo establecido en los artículos 8.2.f) y 18.4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia aprobó, en su reunión de 22 de septiembre de 2009. Resolución de 4 de noviembre de 2009, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre criterios comunes de acreditación en materia de formación e información de cuidadores no profesionales.

³³ En el Libro Blanco de la Dependencia ya se hacía referencia a que “...La implantación de una cotización por esos cuidados, bonificada o cubierta en parte por el Sistema Nacional de Dependencia, permitirá que estas personas puedan perfeccionar una carrera de seguro y disfrutar, en el futuro, de unos beneficios que en este momento le están siendo injustamente negados”. *Libro Blanco de la Dependencia* IMSERSO, 2005 pág. 819.

Gobierno para que, por vía reglamentaria, incorporase a la Seguridad Social a los cuidadores no profesionales en el régimen correspondiente³⁴, y fijase los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización - disposición adicional cuarta de la misma-. Dando cumplimiento a la citada previsión legal, el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, reguló la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, señalando al respecto que los cuidadores no profesionales quedarían incluidos obligatoriamente³⁵ en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social³⁶ y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción de un convenio especial³⁷, exonerándoles para su suscripción de la acreditación de un periodo de cotización previo³⁸ (artículo 2.1 Real Decreto 615/2007). Este Convenio se debía mantener según el Preámbulo de la norma reglamentaria, “(...) en tanto se perciba la prestación económica regulada en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre”. En definitiva, imponía la adscripción obligatoria al Régimen General –propio de los trabajadores cuenta ajena- mediante el mencionado convenio de los cuidadores mientras percibieran una prestación que la norma no les asignaba a ellos y que, por ende, no se consideraba como retribución de los servicios prestados. De hecho era requisito indispensable para la suscripción del convenio especial la copia de la resolución administrativa por la que se hubiera concedido la prestación económica a la persona dependiente –no al cuidador-, para poder acreditar la realización de los cuidados no profesionales. No obstante y pese a la obligatoriedad suscripción del Convenio especial, tanto la cotización a la Seguridad Social³⁹ como la financiación de las acciones formativas de los cuidadores no profesionales se asumió inicialmente por la Administración General del Estado⁴⁰ mediante convenio con la Tesorería General de la Seguridad Social de forma que efectivamente se facilitaba la suscripción del mismo, dotando a estos cuidadores no profesionales –mayoritariamente mujeres⁴¹- de una cierta protección social, habida cuenta de que las cotizaciones efectuadas tenían

³⁴ Se hacía referencia “al régimen correspondiente”, dado que la falta de claridad de la norma respecto al vínculo entre dependiente y cuidador posibilitaba su inclusión en autónomos, empleados de hogar o, en su caso, en el régimen general.

³⁵ En el artículo 2 del Real Decreto 615/2007 también se venían a establecer los supuestos en los que no resultaba obligatoria la suscripción del convenio.

³⁶ La Orden TAS/2632/2007, de 7 de septiembre, vino a regular determinados aspectos del convenio especial de los cuidadores no profesionales, así, en relación con la fecha de efectos del convenio especial y, en su caso, de la opción por el mantenimiento de la base de cotización previa a su suscripción; en lo relativo a la fijación de la dedicación completa a los cuidados no profesionales, dada su incidencia en la cotización correspondiente; e igualmente, se fijaba el alcance de la compatibilidad del subsidio de desempleo con derecho a la cotización por jubilación con este convenio y se declaraba la impropiedad de su suscripción durante los periodos de reducción de la jornada laboral. Asimismo, vino a establecer las causas específicas de extinción del convenio y de la cotización. Esta Orden modificó la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

³⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: «El régimen “cuasi-profesional” de cuidados de las personas dependientes», RTSS, núm.29, 2007; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, MTIN, núm. 74, 2008.

³⁸ SÁNCHEZ –RODAS NAVARRO, C.: *La excedencia por cuidados de familiares. El régimen jurídico de los cuidadores no profesionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006», TL, núm. 89, 2007.

³⁹ La base mensual de cotización en este convenio se corresponde con el tope mínimo que, en cada momento, está establecido en el Régimen General de la Seguridad Social cuando se trate a tiempo completo. Si es a tiempo parcial se reduce proporcionalmente.

⁴⁰ El procedimiento de abono, por parte del IMSERSO a la Tesorería General de la Seguridad Social, de las cuotas por cotización a la Seguridad Social y Formación Profesional de los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia, se estableció por convenio entre la TGSS y el IMSERSO. En este sentido, se fijó que, en cada ejercicio presupuestario, se realizase un pago en formalización por el importe de las cotizaciones devengadas durante el ejercicio anual anterior. Obsérvese que con el crédito disponible en 2008 únicamente se pudo abonar lo facturado por la TGSS hasta noviembre de 2007, durante el ejercicio de 2009, se abonó la mensualidad de diciembre de 2007 y las doce mensualidades de 2008. Esto ya motivó que se firmase una adenda al convenio suscrito con la TGSS mediante la cual se modificaba el procedimiento de pago de tal manera que, cuando las circunstancias lo aconsejasen, se pudieran abonar, mediante pago en formalización, cotizaciones devengadas correspondientes al ejercicio presupuestario en curso. Lo abonado para la financiación de las cuotas de Seguridad Social de los cuidadores durante el ejercicio 2008 fue de 16.237.985, 48 y en el ejercicio 2009 de 56.525.4999,95. *Informe resumen de las actuaciones realizadas para el despliegue de la Ley de Dependencia en el año 2009*.

⁴¹ El perfil socio-demográfico de los cuidadores registra también una amplia mayoría de mujeres (4.987), frente a un número reducido de hombres (299). *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2007*. CES 2007.

eficacia para causar derecho a las prestaciones incluidas en el Convenio⁴². Pero obsérvese que el convenio especial no figuraba dentro de las prestaciones del Sistema, es decir, no estaba dentro del Catálogo de servicios, ni tampoco, como ya se ha expuesto, se configuraba al cuidador como beneficiario de la prestación económica. Esta vía suponía en cierta medida, el reconocimiento de la importancia y del valor social del servicio prestado por los cuidadores no profesionales como partícipes en la ayuda a las personas dependientes; y decimos que “en cierta medida” porque realmente son los poderes públicos los que están obligados a garantizar los cuidados necesarios puesto que la cobertura del riesgo de dependencia forma parte del sistema de protección social.

Pues bien, aun cuando en la Ley de Dependencia se priorizaron los servicios frente a las prestaciones económicas que, como hemos indicado, tenían carácter excepcional, la realidad resulta ser bien distinta, puesto que la prestación prevista como excepcional ha acabado siendo mayoritaria. No se puede obviar el hecho de que estas prestaciones implican un menor gasto⁴³ y una menor inversión en infraestructuras. Así, el año 2008⁴⁴, de las 567.000 prestaciones reconocidas un 58 % fueron prestaciones económicas; el año 2009⁴⁵, un 46,3 % de las 600.000 prestaciones reconocidas lo fueron en forma de prestación económica para atender a la persona dependiente en el ámbito del hogar. En el año 2010⁴⁶ se repitió la misma tendencia y la mitad de las prestaciones concedidas, (400.000) fueron también de carácter económico y destinadas a atender a las personas dependientes en el ámbito doméstico, siendo las mujeres las que mayoritariamente⁴⁷ realizaban estas tareas.

Ante esta generalización de la “excepcionalidad”, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y atención a la Dependencia acordó⁴⁸ (2010) unos criterios en relación a dos puntos clave: las condiciones de acceso a la prestación y la persona cuidadora.

En relación con la persona dependiente, se le exigía para ser beneficiaria de la prestación que ya estuviera siendo atendida en el entorno familiar y, en relación con la idoneidad de la persona cuidadora se especificaba que había de reunir, entre otros requisitos⁴⁹, el de ser familiar hasta el tercer

⁴² El cuidador profesional, de conformidad con el Real Decreto 615/2007, tendría derecho a las siguientes prestaciones: de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza. Si bien es cierto que se les reconoce las prestaciones normalmente comprendidas en los convenios especiales, sin embargo, hubiera sido deseable la inclusión fundamentalmente de la asistencia sanitaria y de la incapacidad temporal, aunque cuando también hubiera supuesto un gran avance el que se hubiera incluido la prestación por desempleo.

⁴³ Así, es posible observar el menor coste, ya en mayo de 2007, en cuanto a los cuidados en el entorno familiar, ya que la prestación alcanza un máximo de 561 euros, incluyendo la cotización a la Seguridad Social. De hecho, el Consejo Territorial acordó el catálogo de servicios y prestaciones de la Ley que tendrían garantizados desde 2007 las personas evaluadas como grandes dependientes (prevención y promoción de la autonomía personal, teleasistencia, ayuda a domicilio entre 70 y 90 horas mensuales para los más graves, centros de día y de noche y atención residencial). En caso de inexistencia de oferta pública de estos servicios, se podrá optar a una prestación económica para su adquisición en el mercado de hasta 780 euros. En cuanto a los cuidados en el entorno familiar, la prestación alcanzará un máximo de 561 euros, incluyendo la cotización a la Seguridad Social. *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2007*. CES 2007.

⁴⁴ IMSERSO 2008.

⁴⁵ IMSERSO 2009.

⁴⁶ IMSERSO 2011.

⁴⁷ El perfil del cuidador no profesional extraído de la aplicación de la Ley 39/2006, agudiza sus principales variables caracterizadoras: mujer en un 94 %, un 55,4 % sobrepasa los cincuenta años y un 22 % son mayores de 60. Este perfil real llega a una cifra de 385.503 (SISAAD junio 2010) de las que 128.388 personas cuidadoras tienen la prestación familiar concedida y convenio especial con la Seguridad Social, ascendiendo la cifra total de cuidadores no profesionales hasta 383.5010 (junio 2010) Libro blanco 2011 IMSERSO.

⁴⁸ Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

⁴⁹ Además, deberá observar los siguientes requisitos:- Contar con la capacidad física y psíquica suficiente para desarrollar adecuadamente por sí misma las funciones del cuidado y apoyo (...). En consecuencia, y como criterio general, una persona valorada en situación de dependencia o de edad avanzada no debe ser la cuidadora principal de otra persona en situación de dependencia, salvo que existan apoyos complementarios. - Que la persona cuidadora cuente con tiempo de dedicación suficiente para atender a la persona beneficiaria en aquellas situaciones en que necesita ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que (...)

grado, como ya había establecido en su momento el Real Decreto 615/2007, si bien, se puntualizó que esos cuidados debían desarrollarse en el marco de la relación familiar y, en ningún caso, en el de una relación contractual, ya fuese laboral o de otra índole. También concretó qué situaciones se asimilaban a la relación familiar: las parejas de hecho y los tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento. Asimismo, y en relación con las personas cuidadoras no familiares del entorno (que se admitían excepcionalmente en caso de insuficiencia de recursos asistenciales públicos o privados, despoblación o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que viniesen a impedir o dificultar otras modalidades de atención) se precisó también que no podían tener la consideración de empleado/a del hogar en el domicilio de la persona beneficiaria, ni la atención y cuidados podían desarrollarse en el marco de una relación contractual, ya fuese laboral o de otra índole. De modo y manera que este Acuerdo excluyó expresamente del ámbito laboral - por lo que realmente no hubiera hecho falta la mención expresa a que no podían tener la condición de empleados de hogar- la relación entre la persona dependiente y su cuidador familiar o del entorno. Desde luego, no parece que sea ni la técnica legislativa más adecuada para llevar a efecto tal exclusión, ni que se pueda obviar por esta vía todo un sistema jurídico del trabajo. Esta exclusión del ámbito laboral parecía fundamentarse en la ausencia de retribución o contraprestación económica del servicio prestado por la condición familiar o “pseudofamiliar” de los prestatarios, lo que permitía concebir la prestación como altruista por los lazos afectivos que los unía a la persona dependiente.

Por su parte, el Real Decreto 1620/2011 de 14 de noviembre, por el que se reguló la relación laboral de carácter especial de empleados de hogar, también excluyó de su ámbito de aplicación las relaciones de los cuidadores no profesionales consistentes en la atención prestada en su domicilio a personas en situación de dependencia, cuando esta atención se llevara a cabo por personas de la familia o su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, supuesto este último, el de los cuidadores profesionales, que también resultaba excluido de esta relación laboral de carácter especial habida cuenta de su contratación por una institución pública o por una entidad privada.

En todo caso, el Real Decreto 1620/2011 en relación con los cuidadores no profesionales se apresuró a excluirlos expresamente de esta relación especial y es que hay que tener en cuenta que el objeto de la prestación de servicios, tanto en esta relación laboral especial como en la que prestan los cuidadores no profesionales, resulta ser prácticamente coincidente⁵⁰. Al igual que su antecesor, el Real Decreto 1620/2011 enumeraba las tareas domésticas comprendidas en su ámbito de aplicación, tareas que se caracterizaban precisamente por ser inespecíficas, indefinidas y universales, lo que hacía que se distinguieran de otros servicios que pudieran desarrollarse en el seno del hogar familiar, pero que se caracterizasen por su especificidad y especialización (ejemplo, tareas sanitarias realizadas por personal especializado) y, en ese caso, se estaría previsiblemente en presencia de una relación laboral común. De hecho y en no pocas ocasiones ya se había cuestionado si se daba o no la inespecificidad propia de esta relación en las tareas relacionadas con el cuidado de enfermos en el propio domicilio, cuando se efectuase alguna función de carácter técnico, por la confianza e intimidad del propio hogar en el que se desarrolla. En todo caso, el Real Decreto 1620/2011 los excluyó expresamente de su ámbito de aplicación, pretendiendo con ello aclarar cualquier posible duda o incertidumbre que pudiera surgir en su calificación jurídica en el entendimiento de que, aun cuando la prestación se llevase a cabo en el propio hogar familiar y fuera de carácter inespecífico, genérico y universal, el hecho determinante es que la prestación económica venía concedida a la persona dependiente, que era la que venía a generar el derecho y no el cuidador.

Sin duda, el hecho de que se siguiese contraviniendo lo establecido por la propia norma, en relación con la priorización que debían tener los servicios frente a las prestaciones y que se mantuviera la misma tendencia que en los años anteriores en el reconocimiento de prestaciones

se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

⁵⁰ RUANO ALBERTOS, S.: *El régimen jurídico de los empleados de hogar*, Barcelona (Atelier), 2013.

económicas (2011: 48,1 %; 2012: 45,4) llevó al Gobierno a adoptar nuevas medidas para lograr su efectiva excepcionalidad (2012)⁵¹ proponiendo varias líneas de actuación. Entre ellas, se aludía a la necesidad de avanzar en una mayor adecuación entre las necesidades de atención a las personas dependientes y los servicios y prestaciones que se asignaban para su atención y cuidados; a progresar en orden a que la persona dependiente tuviera una mayor capacidad de elección en los servicios; en la configuración de los servicios de ayuda a domicilio, o en el carácter subsidiario, frente a las plazas propias o concertadas por la administración competente de la prestación vinculada al servicio.

En estas líneas de actuación tendentes a lograr la efectiva excepcionalidad de las prestaciones económicas tuvo mucho que ver el incumplimiento de las expectativas generadas, tanto en lo referente al empleo –esta prestación por sus peculiares características no resultaba ser generadora de empleo- como en relación con la actividad económica, al no resultar priorizada la atención a través de la Red de Financiación Pública de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas. A todo ello se unió la crisis económica que contribuyó a que el entorno familiar fuera el que tuviera que cuidar de las personas dependientes ante la grave situación de desempleo en que se encontraban las familias y su consiguiente empobrecimiento. Además, se seguía constatando que las mujeres seguían siendo las encargadas del cuidado de los familiares dependientes: del total de cuidadores no profesionales (familiares) un 93 % (161.692) eran mujeres,⁵² perpetuando los roles sociales de género.

Así, el hecho de que la prestación económica para cuidados en el entorno familiar alcanzase durante el año 2012 un promedio del 45,40 % en el conjunto de servicios y prestaciones para la atención de la dependencia motivó su revisión ese mismo año⁵³, y ello, con el objetivo de determinar con exactitud las condiciones necesarias para asumir la condición de cuidador no profesional y, fundamentalmente, cuando se tratase ya no de familiares- a los que se exigía convivir en el mismo domicilio y que lo hubieran hecho durante el año previo a la presentación de la solicitud- sino por personas de su entorno. Esta situación no dejaba de tener un carácter excepcional y requería que la persona dependiente tuviera el domicilio en un entorno caracterizado por la insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidiesen o dificultasen otras modalidades de atención, incluida la atención mediante servicios a través de prestación vinculada. Cuando concurrían estas circunstancias la Administración competente podía, excepcionalmente, permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco previsto legalmente, residiera en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, siempre que lo hubiera hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud. Además, si el dependiente se encontraba en situación de dependencia Grado I el entorno necesariamente debía tener la consideración de “rural”.

Asimismo, se anunciaba una revisión en profundidad, conjuntamente con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, del sistema de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social de los cuidadores en el entorno familiar. Su finalidad era establecer una nueva regulación que tuviera en cuenta las circunstancias específicas de estos cuidadores dentro del Sistema de Seguridad Social si bien, hasta tanto no se estableciese la nueva regulación, los cuidadores familiares que estuvieran en situación de alta, continuarían en la misma en tanto que concurrieran las circunstancias que dieron origen al correspondiente Convenio Especial⁵⁴. Con todo, y pese a tratar de determinar con mayor

⁵¹ Evaluación de resultados a 1 de enero de 2012 sobre la aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Aprobada por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en su reunión de 10 de julio de 2012.

⁵² Evaluación de resultados a 1 de enero de 2012 sobre la aplicación de la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Aprobada por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en su reunión de 10 de julio de 2012.

⁵³ Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia.

⁵⁴ Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia (Apartado 7).

exactitud las condiciones para ser cuidador no profesional, el Preámbulo de esta Resolución⁵⁵, en el que se venía a explicar las razones de las medidas que se adoptaban, hacía referencia a este tipo de prestaciones económicas reflejando lo que indefectiblemente venían a suponer: una prestación económica que retribuía al cuidador familiar o del entorno por el servicio prestado, que no era otro que el de atender a las personas dependientes en su propio domicilio.

La avisada revisión en profundidad del sistema de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales vino de la mano del Real Decreto-ley 20/2012⁵⁶. Como es sabido, su objetivo fundamental fue la reducción del déficit público y, en base a ello, el mencionado Real Decreto-ley, redujo el gasto que suponían las cotizaciones de los cuidadores no profesionales⁵⁷, estableciendo que fueran a cargo exclusivamente del cuidador⁵⁸, lo que suponía una merma evidente de las expectativas de derechos de estos cuidadores. El mencionado convenio especial pasaba a tener para los cuidadores no profesionales carácter voluntario, pudiendo ser suscrito entre el cuidador profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social y pasando a surtir efectos desde la fecha de la solicitud de suscripción del convenio especial. Si a lo anterior se añade que los convenios especiales resultan ser efectivos normalmente para personas con una trayectoria profesional larga, en los que la falta de cotización en los últimos años previos a la jubilación les supondría una merma de la pensión, por lo que precisamente deciden suscribirlo con la finalidad de salvaguardar el valor de las cotizaciones anteriores, difícilmente podría pensarse en que los cuidadores no profesionales seguirían suscribiendo el convenio.

En fin, las consecuencias no se dejaron esperar y entre los meses de noviembre y diciembre del 2012 se redujeron sensiblemente el número de los convenios suscritos por los cuidadores profesionales, que fundamentalmente venían siendo mujeres⁵⁹: si el mes de julio de 2012 había

⁵⁵ En concreto: "...El cambio de las condiciones socioeconómicas (...) ha contribuido a impulsar la concesión de prestaciones económicas por cuidados familiares, por lo que miembros de la unidad familiar han decidido atender a los dependientes en el domicilio, a la vez que reciben una ayuda económica por realizarla".

⁵⁶ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

⁵⁷ No solo el gasto de las cotizaciones, también redujo las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar (Disposiciones transitorias 10 y 11). También se produjeron modificaciones en relación con la prestación económica: establecimiento de un plazo máximo de dos años para acceder a la prestación, desde el reconocimiento, o del plazo de seis meses desde la presentación de la solicitud, sin haberse dictado y notificado y no tendrán efecto retroactivo. En los casos en los que ya se hubiera generado retroactividad, su abono podría aplazarse en pagos anuales durante un plazo máximo de ocho años (disposición final 1ª)- cabe recordar, en relación con este último plazo de ocho años, que ya el Real Decreto ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, estableció en su disposición adicional sexta, que el aplazamiento y periodificación del abono de los efectos retroactivos de las prestaciones económicas previstas en el artículo 18 de la Ley, podrían ser aplazadas y su abono periodificado en pagos anuales de igual cuantía en un plazo máximo de 5 años desde la fecha de la resolución firme de reconocimiento expreso de la prestación. Igualmente, importante fue el que las prestaciones serían incompatibles entre sí y con los servicios del catálogo de servicios, con la excepción de los relativos a la prevención de la dependencia y la teleasistencia (artículo 22.9). En resumen, para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad se establecieron una serie de medidas referidas fundamentalmente a las cuantías correspondientes al nivel mínimo de protección garantizado; las cuantías máximas de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar; la eliminación de la financiación estatal de las cotizaciones a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales y la modificación del calendario de aplicación de los servicios y prestaciones para quienes se encontraban en una situación de dependencia moderada, que se retrasó hasta julio de 2015.

⁵⁸ Los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia previstos en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, existentes a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/2012, se extinguirán el día 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicite expresamente el mantenimiento del mismo, modelo TA0040 - Opción RDL 20/2012, con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entenderá subsistente dicho convenio desde el día 1 de septiembre de 2012. En este último caso, desde el día 1 de septiembre hasta el día 31 de diciembre de 2012 la cotización a la Seguridad Social tendrá una reducción del 10 % en el total de la cuota a abonar, siendo a cargo de la Administración General del Estado el 5 % del total de la cuota a abonar, siendo a cargo del cuidador no profesional el 85 % restante. A partir del día 1 de enero de 2013, el convenio especial será a cargo exclusivamente del cuidador no profesional.

⁵⁹ Del total de cuidadores no profesionales (familiares) un 93 % eran mujeres. Evaluación de resultados a 1 de enero de 2012 sobre la aplicación de la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las

(...)

180.021 registrados, en el mes de diciembre de ese mismo fueron 24.554⁶⁰, y en el año 2013 se registraron sólo 16.859⁶¹. Sin duda, los escasos recursos económicos de los cuidadores profesionales hacían inviable que pudieran mantener a su cargo la suscripción del convenio, con la consiguiente merma de derechos en relación con las posibles pensiones. Y aun cuando el empleo profesional sí experimentó un ligero incremento⁶² el cuidado en el entorno familiar mantuvo una importancia fundamental en el panorama de la atención a la dependencia. La carga de la atención a las personas dependientes seguía así recayendo mayoritariamente en las mujeres y sin reconocimiento alguno por parte del Estado.

Ante la nueva situación y en un nuevo intento por dar cumplimiento a lo dispuesto inicialmente por la norma, es decir, la priorización de los servicios respecto a las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar, se cambió el centro de las políticas desde los beneficiarios dependientes a las administraciones dispensadoras, es decir, se pasó a incentivar a las Comunidades Autónomas que reconociesen servicios frente a las prestaciones económicas en el entorno familiar mediante un mayor atribución de fondos en el nivel mínimo que es el financiado por los Presupuestos Generales del Estado a las Comunidades Autónomas.

Así las cosas, el Real Decreto 1050/2013⁶³ reguló pormenorizadamente cómo habría de establecerse la asignación financiera del nivel mínimo de protección a cada Comunidad Autónoma en el que fundamentalmente se consideraba: el número de beneficiarios; el grado de dependencia; y el número y tipo de prestaciones; y en el que se haría hincapié en la necesidad de que se ponderase positivamente⁶⁴ los servicios del catálogo y las restantes prestaciones económicas del capítulo II del título I de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, frente a las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar. Con ello se pretendía, como señalamos, fomentar la prestación de servicios en detrimento de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar.⁶⁵

Por su parte, el Real Decreto 1051/2013⁶⁶, con el objetivo anunciado en la propia norma de mejorar la calidad en la atención a las personas en situación de dependencia estableció la regulación de las prestaciones del SAAD fijando las intensidades de protección de los servicios, así como las compatibilidades e incompatibilidades entre los mismos, incidiendo nuevamente en la excepcionalidad de la prestación de cuidados en el entorno familiar. De hecho, se concretaron las condiciones de acceso a la prestación y los requisitos exigibles a las personas cuidadoras no

personas en situación de dependencia. Aprobada por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en su reunión de 10 de julio de 2012.

⁶⁰ *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2012*. CES 2012.

⁶¹ *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2013*. CES 2013.

⁶² Si a uno de enero de 2013 eran 335.929 afiliaciones en alta en la Seguridad Social, a uno de diciembre de 2013, ascendían a 342.147 altas, lo que suponía 6.218 altas más en este periodo Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2013. CES 2013.

⁶³ Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

⁶⁴ Artículo 4. Asignación del nivel mínimo de protección a las comunidades autónomas. Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

⁶⁵ Así, se puede constatar en el Informe de la comisión para el análisis de la situación actual del sistema de la dependencia, de su sostenibilidad y de los actuales mecanismos de financiación, para evaluar su adecuación a las necesidades asociadas a la dependencia, en el que se señala que: “ El Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, regula en detalle este nuevo modelo estableciendo un periodo progresivo que comenzó en el año 2014 partiendo de un reparto del 90 % como en la actualidad (por beneficiario y grado de dependencia) y un inicial 10 % que pondere positivamente a las Comunidades que concedan una atención mediante servicios respecto a prestaciones económicas por cuidadores familiares superior a la media, y al llegar el quinto año el reparto del nivel mínimo se realizará al 50 % en base a beneficiarios por grado y el otro 50 % con esta ponderación expuesta”. Comisión para el Análisis de la Situación del Sistema de Dependencia. 6 de octubre de 2017.

⁶⁶ Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

profesionales⁶⁷, tratando, una vez más, de acomodarse al carácter excepcional⁶⁸ que dicha prestación económica debía tener según su configuración por la Ley de Dependencia. Las exigencias establecidas no diferían sustancialmente de las previstas en la Resolución de 13 de julio de 2102 pues podían asumir la condición de cuidadores no profesionales el cónyuge y sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado o, en su caso, por adopción, siempre y cuando conviviesen en el mismo domicilio y estuvieran siendo atendidos por ellos y lo hubieran hecho durante el año previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud; si bien, se consideraba expresamente como pariente, a estos efectos, a la pareja de hecho, a los tutores y acogedores. En relación con los cuidadores no profesionales con los que no existiese los lazos de parentesco señalados, se mantuvo la exigencia de que las personas dependientes viviesen en zonas rurales o que no hubiera recursos públicos o privados para la prestación de los servicios, aunque en caso de dependencia en los grados II y III se exigía que la persona no profesional que cuidase del dependiente conviviera con él. Lo que venía a suponer que cuando la persona tuviera reconocida la situación de dependencia grado I, no requería la convivencia con la persona del entorno, a diferencia de la anterior normativa en el que la persona cuidadora debía convivir con la persona en situación de dependencia, salvo los previstos, si bien con carácter excepcional, como cuidadores no familiares del entorno. Finalmente, el resto de requisitos se mantuvo sin diferencias sustanciales: a) la capacidad adecuada del cuidador (exigiéndose acreditación); b) que éste asumiera formalmente el deber de atención y cuidado; c) que se permitiera el acceso al domicilio para comprobación por parte de los servicios sociales, lo que se venía a imponer como una obligación; d) y la necesidad de seguir las acciones formativas que se le propusieran, pero siempre y cuando fueran compatibles con el cuidado de la persona dependiente. En fin, la tan ambicionada formación de los cuidadores no profesionales, ya reconocida en la Resolución de 4 de noviembre de 2009, venía a fijarse como condición de acceso a la prestación económica, a la vez que como requisito de los cuidadores no profesionales, si bien, supeditada a su compatibilidad con el cuidado de la persona dependiente.

IV. LA FIGURA DEL CUIDADOR PROFESIONAL: LA REALIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA PROTECCIÓN SOCIAL

A pesar de los constantes esfuerzos por reconducir esta prestación económica al carácter excepcional fijado en la propia la Ley de Dependencia, la realidad ha marcado un camino bien distinto. El entusiasmo y la necesidad de aprobar la Ley de Dependencia entendemos que motivó una puesta en marcha de la misma sin la existencia de las infraestructuras necesarias, ni los medios económicos suficientes para llevarse a cabo en un breve espacio de tiempo. Todo ello, unido a la tradición del cuidado del dependiente en el entorno familiar, ha hecho ilusoria la excepcionalidad preconizada por esta Ley. Las prestaciones económicas por cuidados familiares aun teniendo en cuenta su descenso siguen teniendo especial peso: el año 2016⁶⁹ representaban todavía el 33,80 %; el año 2017⁷⁰, 32,72 %; y a 30-4-2018⁷¹, el 32,13 %, con un total de 387.304 personas beneficiarias de esta prestación económica por cuidados familiares. Estas cifras son superiores en algunas Comunidades Autónomas: así, alcanzan un 56,89 % en la Comunidad Foral de Navarra; un 53,96 % en las Islas Baleares; un 53,87 % en Murcia; y un 52,41 % en la Comunitat Valenciana.

⁶⁷ Artículo 12 del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del SAAD establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre

⁶⁸ Esta norma vuelve a reiterar, lo ya señalado, así, el artículo 12.1 establece que la prestación económica para cuidados en el entorno familiar -a favor de cuidadores no profesionales tendrá carácter excepcional. La norma ya lo había previsto inicialmente: artículo 14.4 de la Ley 39/2006.

⁶⁹ *Información Estadística del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia –Situación a 30 de diciembre de 2016-*. SAAD-IMSERSO.

⁷⁰ *Información Estadística del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia –Situación a 30 de diciembre de 2017-*. SAAD-IMSERSO.

⁷¹ *Información Estadística del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia –Situación a 30 de abril de 2018-*. SAAD-IMSERSO

Estos datos son indicativos del importante peso específico que representa esta prestación económica dentro del sistema de dependencia, aun cuando las cifras de los cuidadores que suscriben el convenio han descendido notoriamente: así, marzo del 2018⁷² la cifra es de 8.194 y el número de mujeres que lo han suscrito ascienden a 7.277; frente a 917 hombres y las edades en las que se suscribe mayoritariamente se sitúan entre 56 y más de 60 años.

Efectivamente, las incongruencias de la propia normativa nos lleva a tener como prestadores de un servicio, cuya prestación, no hay que olvidar, incumbe a los poderes públicos, a personas a las que inicialmente se les reconoció, en cierta medida, la importancia y el valor social del servicio prestado como partícipes en la ayuda a las personas dependientes, abonándoseles las cuotas correspondientes a la suscripción del convenio; reconocimiento inexistente en la actualidad pese a seguir prestando un servicio especialmente relevante en el marco de las prestaciones por dependencia, habida cuenta de su número; y ello, sobre la base de que los servicios se prestan en el entorno familiar, de forma altruista, sin que sea considerado como trabajo a efectos del Derecho del Trabajo.

Como es sabido, el art. 1.1 ET⁷³ califica como trabajadores asalariados a quienes «voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». La falta de cualquiera de estos requisitos determina la exclusión del ámbito laboral y entre ellos figura la remuneración como elemento esencial del contrato de trabajo. No obstante, el ET, de manera expresa, recoge en su 1.3.d) la exclusión de aquellos trabajos en los que falta la retribución por realizarse de manera altruista o desinteresada: los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad. El carácter altruista o amistoso del servicio prestado excluye la concurrencia de uno de los elementos -la retribución-, que caracteriza a una relación como laboral, impidiendo así su calificación como tal; debiendo, en todo caso, quedar acreditado el carácter desinteresado o amistoso. El elemento diferencial con el trabajo a título oneroso se encuentra precisamente en que su causa no es la obtención de una contraprestación económica, sino la cooperación altruista, en la que el prestador del servicio lo hace de forma gratuita por decisión propia y en este sentido ¿cómo se articularía el supuesto en que la cantidad concedida a la persona dependiente fuera destinada a retribuir al cuidador? Asimismo, resulta evidente que el trabajo altruista o amistoso no tiene por qué tener como destinatario a las personas con las que nos unen lazos amistosos, sino que también pueden serlo del entorno familiar. El ET excluye los trabajos familiares del ámbito laboral -[artículo 1e)]- si bien, cuando el parentesco es muy próximo y existe convivencia con el empleador o empresario, ha establecido una presunción “*iuris tantum*” a favor del trabajo familiar no asalariado⁷⁴, que se aparta de la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET. No obstante, esta peculiar presunción de no laboralidad -que rige únicamente cuando se da la nota de convivencia- y respecto del cónyuge y los ascendientes o descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad⁷⁵ o adopción- también reconocida en el artículo 12 del TRLGSS⁷⁶- admite prueba en contrario en aras a demostrar el carácter asalariado de la prestación de servicios, de tal manera que cuando se acredita la condición de asalariado del familiar ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena. Al respecto merece tenerse en cuenta que la presunción de no laboralidad queda desvirtuada cuando el trabajador percibe una retribución, excediendo -como señala el Tribunal Supremo⁷⁷, para el supuesto de hijo

⁷² Convenio especial de cuidadores no profesionales en situación de dependencia: situación a 31 de marzo de 2018. Tesorería General de la Seguridad Social. IMSERSO.

⁷³ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁷⁴ En cualquier caso, estos familiares trabajadores no asalariados no quedan excluidos del Sistema de Seguridad Social pues quedan obligatoriamente comprendidos en el RETA [art. 305.2.k) TRLGSS] o en su caso, en el Régimen General [art. 12.2 TRLGSS y D.A.10ª LETA).

⁷⁵ Sobre el particular, vid. VICENTE PALACIO, A.: El parentesco por afinidad en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la protección social”, en AA.VV. (Dir. Orón Moratal) “*La familia política ante el ordenamiento jurídico*”, Pamplona (Aranzadi), 2016.

⁷⁶ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁷⁷ STS de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009/129)

que convivía y trabajaba con el padre- de lo que comúnmente se conoce como “dinero de bolsillo” o “paga semanal”, nombres con los que se designa a las cantidades proporcionadas a los hijos dependientes para los pequeños gastos fuera de casa. En fin, en el supuesto que nos ocupa de los cuidadores no profesionales, se ha extendido sobre manera y por vía reglamentaria, lo que se considera trabajo familiar, pudiendo asumir los cuidados del dependiente inclusive familiares hasta tercer grado, con olvido de que es el trabajo de un familiar hasta el segundo grado el que quedaría amparado por la presunción de no laboralidad. Pero, en este caso, aún se va más allá sobrepasando lo que resulta ser el círculo familiar cercano, al excluir del ámbito laboral no sólo a familiares hasta el tercer grado sino a personas sin lazo alguno de parentesco como son los vecinos. Se ha operado una más que forzada y poco rigurosa exclusión de estos servicios del ámbito tuitivo del Derecho del Trabajo.

A nivel autonómico, poniendo como ejemplo la normativa de la Comunidad Valenciana, se puede observar igualmente la complejidad del tema. Así, en el Decreto 62/2017, de 19 de mayo, del Consell, por el que se establece el procedimiento para reconocer el grado de dependencia a las personas y el acceso al sistema público de servicios y prestaciones económicas, se aprecia en la concreta regulación de la prestación económica de cuidados en el entorno familiar: a) la falta de referencia a su carácter excepcional, de hecho, el artículo 32.1 hace hincapié, al establecer la finalidad de la prestación, en la necesidad de “... apoyar económicamente la labor que la persona cuidadora desarrolla en el entorno familia...”, sin que se haga referencia alguna a su carácter excepcional; b) la notable ampliación de los familiares, en este sentido, el artículo 32.4 señala al respecto que lo pueden ser: “...: cónyuge o persona con relación análoga a la conyugal, hijo o hija, padre o madre, así como padres y madres de acogida y parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado” ; c) viene a considerar que pueden excepcionalmente ser cuidadores “...las personas allegadas a una persona en situación de dependencia cuando así lo acredite el preceptivo informe social de entorno”, si bien, se debe formalizar el correspondiente contrato laboral, en concreto: “...A los efectos correspondientes, se deberá formalizar el correspondiente contrato laboral de acuerdo con la legislación vigente en cada momento”. Por lo tanto, la propia norma considera que los servicios prestados por cuidadores del entorno, no familiares, son laborales.

V. CONCLUSIONES

No cabe duda que la prestación de estos servicios se puede realizar de forma altruista, es decir, sin buscar la obtención de una ganancia o contraprestación económica pero para ello sería necesario que quedase constatado que se presta como tal. Hay que recordar que el beneficiario de esta prestación económica es la persona dependiente pero va unida a un compromiso de permanencia y formación que suscribe la persona cuidadora y, por más que se diga que se trata de una cantidad pecuniaria para compensar los gastos derivados de la permanencia en su propio hogar de la persona en situación de dependencia, no deja de ser una prestación que la propia Ley de Dependencia establece para los cuidadores no profesionales como partícipes en la ayuda a las personas dependientes, teniendo en cuenta que los poderes públicos son los que deben garantizar los cuidados necesarios, puesto que la cobertura del riesgo de dependencia forma parte integrante del sistema de protección social. Cobijar esta prestación de servicios bajo el paraguas del carácter altruista o familiar para excluirlos del ámbito laboral no deja de ser una forma de enmascarar la realidad, perjudicando a los prestadores de este servicio que, fundamentalmente, son mujeres.

Lo expuesto da idea de que es imprescindible la regulación de un estatuto jurídico específico de los cuidadores no profesionales. Esta regulación podría efectuarse mediante la creación de una nueva relación laboral de carácter especial e integrando a estos trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social a través del correspondiente sistema especial de Seguridad Social. Mientras el legislador asume esta responsabilidad o incluso como alternativa más factible por su inmediatez, los cuidadores “no profesionales” podrían quedar comprendidos en la Relación laboral especial de empleados de hogar, al ser el trabajo objeto de esta relación especial prácticamente coincidente con aquél que prestan los cuidadores no profesionales. Aun cuando, como ya se ha señalado, el Real

Decreto 1620/201 los excluye de su ámbito de aplicación, entendemos que tal exclusión no está fundamentada en criterios jurídicos sino más bien de oportunidad política. Su inclusión en esta Relación laboral especial permitiría su inmediata reconducción al Sistema especial de seguridad social de empleados de hogar⁷⁸ y con ello el refrendo legal y social a un trabajo que permanece en la invisibilidad. El déficit público no puede reducirse a costa de los derechos presentes y futuros de los más vulnerables: las personas dependientes y sus cuidadoras.

⁷⁸ En la actualidad Sistema Especial de Empleados de Hogar integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, de acuerdo con la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y con efectos de 1 de enero de 2012, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar queda integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un Sistema Especial para Empleados de Hogar.

CAPÍTULO XVIII. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA ASISTENCIA SANITARIA DE COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES

M^a FUENCISLA RUBIO VELASCO

*Profesora sustituta interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva*

I. EL REAL DECRETO LEY 16/2012

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones¹, modificó la legislación en materia de extranjería y sanidad. Una de las medidas más importantes fue la privación del derecho de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en determinadas circunstancias.

A continuación examinaremos, por un lado, la constitucionalidad de la restricción por parte de la norma del citado derecho social en relación al colectivo de los inmigrantes irregulares basado en razones de carácter económico y, por otro lado, la reacción de las Comunidades Autónomas ante dicha norma.

1. EL EFECTO DE LA POLÍTICA DE RECORTES

Con anterioridad al citado Real Decreto-ley, el art. 12.1 LO 4/2000, en la redacción modificada por la LO 2/2009 atribuía el derecho a la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros que se encontrasen en España (con independencia de su situación legal o administrativa) siempre que estuviesen inscritos en el Padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual. El criterio que se utilizaba para atribuir el derecho a la protección de la salud a los extranjeros era el de la residencia efectiva o el domicilio habitual en un municipio. Así, podían acceder a la protección y tutela de ese bien jurídico que es la salud, tanto los extranjeros que tenían la autorización de residencia, regulares, como los que sin tenerla estaban empadronados en un municipio (irregulares).

En el caso de los extranjeros no empadronados, podían acceder a la asistencia sanitaria a través del servicio de urgencias en casos de enfermedad grave o de accidente, en igualdad de condiciones que los españoles.

Sin embargo, la evolución hacia la universalidad de la asistencia sanitaria pública, implícita en el art. 43 CE, propiciada por la LGS, por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y casi alcanzada por la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública², además de las competencias de las diferentes Comunidades Autónomas por medio de sus Estatutos de Autonomía, ha conllevado un fuerte y regresivo golpe a raíz de los profundos cambios que ha introducido el RDL 16/2012. Esta norma introduce el concepto de “asegurado” y “beneficiario del asegurado” en lugar del concepto de ciudadano.

¹ BOE de 24 de abril de 2012.

² BOE de 5 de octubre de 2011

Debido a la grave crisis económica que vivimos en nuestro país se aprueba el mencionado Real Decreto-ley con la finalidad de obtener un ahorro aproximado de 7.000 millones de euros. En el Real Decreto-ley 16/2012 se adoptan una serie de medidas reformistas sobre las siguientes materias: a) Derecho a la asistencia sanitaria pública. b) Cartera de servicios del sistema nacional de salud. c) Creación del fondo de garantía asistencial. d) Reforma de la prestación farmacéutica. e) Medidas en materia de recursos humanos. Se aprovecha el mencionado Real Decreto-ley para modificar artículos de leyes y normas vigentes en relación al derecho a la protección de la salud destacando, entre ellas, las modificaciones que se efectúa sobre las siguientes leyes: a) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. b) Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. c) Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. d) Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. e) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³.

En líneas generales, el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, persigue el ahorro económico mediante medidas como la exclusión de algunos colectivos del derecho a la atención sanitaria dentro del Sistema Nacional de Salud, ampliando el copago a algunas prestaciones y a nuevos colectivos, adoptando nuevas decisiones de ahorro farmacéutico y aprobando medidas en materia de recursos humanos no negociadas. Asimismo, debemos atender a su desarrollo legislativo que igualmente persigue el objetivo prioritario de reducir el gasto sanitario del Sistema Nacional de Salud⁴.

2. LA CONDICIÓN DE ASEGURADO

El Real Decreto-ley 16/2012⁵ modifica, en su Disposición final tercera, el art. 12.1 LO 2/2009 quedando redactado de la siguiente manera: “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”.

En la legislación sanitaria estatal⁶ han de tenerse en cuenta fundamentalmente dos leyes: por un lado, la LGS y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. La primera establece en su art. 1.2 que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. “Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional”, según el art. 1.3, “tendrán garantizado el derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan”. Y, por otra parte, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, modificada también por el citado Real Decreto-ley 16/2012, que dispone en su art. 3.1 que “la

³ “Análisis del real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Reforma del Sistema Nacional de Salud.” CECOVA Colegios de Enfermería de Alicante, Castellón y Valencia. N. 6. 2012, pp. 5-6. http://www.bibliotecadigitalcecova.com/contenido/revistas/cat14/pdf/Informe_6web.pdf

⁴ “Análisis del real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Reforma del Sistema Nacional de Salud.” CECOVA Colegios de Enfermería de Alicante, Castellón y Valencia. N. 6. 2012, p. 27. http://www.bibliotecadigitalcecova.com/contenido/revistas/cat14/pdf/Informe_6web.pdf.

⁵ Real Decreto-ley, entre otras finalidades, según su Exposición de Motivos, tiene como objetivo fundamental “afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo”, dentro del “actual contexto socioeconómico”. Hasta el momento, han presentado un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, las siguientes Comunidades Autónomas: el Parlamento de Navarra contra los arts. 1.Uno y, por conexión, 1.Dos; 2.Dos, Tres y Cinco; 4.Doce, Trece y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012; el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra el art. 10.4 del Real Decreto-ley 16/2012; el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra los arts. 1.uno y dos; 4.uno y cuatro y 10.cuatro y cinco del Real Decreto-ley 16/2012; el Gobierno del País Vasco contra los arts. 1.Dos, 2.Tres y Cuatro y 4.Trece del Real Decreto-ley 16/2012; el Gobierno de Cataluña contra los arts. 1.Uno, Dos y Tres; 4.Uno, Cuatro, Cinco y Catorce; 6, apartados 2 y 3; 8.Dos; 10.Cuatro, y Disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2012, y el Gobierno de Canarias contra los arts. 1; 3; 4.14; 6; 8, apartados 1, 2 y 3; 9; Disposición adicional primera, y Disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2012. Recursos de inconstitucionalidad que han sido admitidos a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional.

⁶ Elaborada al amparo del art. 149.1.1, 16 y 17 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de sanidad y del régimen económico de la Seguridad Social.

asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado”.

De acuerdo con lo previsto en esta norma, para ser titular del derecho a la asistencia sanitaria (a la cartera común de servicios), con cargo a fondos públicos y a través del Sistema Nacional de Salud no basta, por tanto, con tener la condición de ciudadano o persona, con ser nacional o extranjero, sino que se exige además acreditar la condición de asegurado⁷.

Con la categoría de “asegurado” que introduce el Real Decreto-ley se vincula expresa y directamente el derecho a la asistencia sanitaria pública con el sistema contributivo de la Seguridad Social. Se mantiene así, e incluso se refuerza, la conexión entre los Sistemas Nacional de Salud y de Seguridad Social⁸.

El apartado 2.º del art. 3 de la Ley 16/2003 señala que pueden “ostentar” la condición de asegurado: a) los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b) los pensionistas del sistema de la Seguridad Social; c) los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; d) los que después de haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo, figuren como inscritos en la oficina correspondiente como demandantes de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

Esta regulación de las personas que pueden poseer la condición de asegurado excluía del derecho a la sanidad a ciertos colectivos de ciudadanos nacionales, como por ejemplo, los mayores de 26 años que no hubiesen accedido todavía a su primer empleo. Esta última situación se corregirá con el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto⁹, que se publica en desarrollo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, y por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. En él se concretan y amplían las personas que pueden “ostentar” la condición de asegurado, contenida en el apartado 2.º del art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo¹⁰.

Así, además de las personas que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el art. 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, ostentan la condición de aseguradas las que no tengan “ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía” siempre que, “se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: 1.º Tener nacionalidad española y residir en territorio español. 2.º Ser nacionales de algún Estado

⁷ Llama la atención la modificación del texto que encabeza el epígrafe del art. 3 de la Ley. En la redacción anterior se hablaba de “titulares de los derechos”, reconociendo en el apartado 1.º que son “titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes...”. Tras la reforma del art. 3 de la Ley por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, la redacción del epígrafe que encabeza el art. 3 alude a “la condición de asegurado” y no a los titulares del derecho.

⁸ El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, interrumpe un proceso de universalización del derecho a la salud, iniciado con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya que, aunque el Real Decreto-ley 16/2012 habla también de sanidad “universal”, lo cierto es que deja fuera del sistema sanitario público a determinados colectivos como los inmigrantes en situación administrativa irregular (que podían acceder al mismo, siempre que estuviesen empadronados, desde la modificación de la LOEX por la LO 2/2009) o los mayores de 26 años que no hayan accedido aún a su primer empleo, salvo en determinados casos, según se verá seguidamente. Se vuelve a un modelo de cobertura sanitaria vinculado a la cotización de cuotas por los trabajadores, pues solamente estos y sus beneficiarios pueden acceder a la condición de “asegurados” y, por ende, a las prestaciones sanitarias públicas.

⁹ Por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. BOE de 4 de agosto de 2012.

¹⁰ Se concretan, e incluso se corrigen, en el art. 2.1.a) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, los supuestos c) y d) del apartado 2.º del art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, tal y como habían sido redactados por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Así, ahora se dice en el art. 2.1.a) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que “a efectos de lo dispuesto en este Real Decreto, son personas que ostentan la condición de aseguradas las siguientes: a) Las que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que son los siguientes: “3.º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza. 4.º Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza y encontrarse en situación de desempleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. Este supuesto no será de aplicación a las personas a las que se refiere el art. 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo

miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros. 3.º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica” (art. 2.1.b del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto).¹¹

El reconocimiento y control de la condición de asegurado se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social, estableciéndose reglamentariamente los requisitos y documentos que han de presentarse para obtener dicha condición¹². Una vez reconocida la condición de asegurado, corresponde a las Administraciones sanitarias competentes (las autonómicas), en el ejercicio de funciones ejecutivas, hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria y facilitar el acceso de los ciudadanos a sus prestaciones mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual (art. 3 *bis* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo)¹³.

El apartado 3º del art. 3 de la Ley 16/2003 contiene una disposición específica destinada, entre otras personas, a los extranjeros. En él se establece que los extranjeros residentes, esto es, los que sean “titulares de una autorización para residir en territorio español (si no cumplen alguno de los supuestos mencionados en el apartado 2º) podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superen el límite de ingresos determinado reglamentariamente”¹⁴.

En consecuencia, para que los extranjeros puedan recibir asistencia sanitaria pública en nuestro país y ser titulares de este derecho en las mismas condiciones que los españoles, han de ser residentes (con autorización de residencia vigente) y tener la condición de asegurado, según los supuestos previstos en el art. 3.2 de la Ley 16/2003. En el caso de que no concurra alguno de los supuestos del citado art., es preciso que acrediten que su nivel de ingresos no supera anualmente la cuantía de cien mil euros y que, además, no tienen cubierta de forma obligatoria la asistencia sanitaria por otra vía (art. 2.1.b.3º del Real Decreto 1192/2012).¹⁵

Los extranjeros que se encuentren en situación irregular, aunque se hallen inscritos en el Padrón municipal, ya no podrán ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles o los extranjeros residentes, salvo en los casos especiales del art. 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Precepto que reproduce lo dispuesto ya en los apartados 2.º, 3.º y 4.º del art. 12 LO 2/2009. En este sentido, se establece que “los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria” en los casos “de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea

¹¹ También los “menores de edad sujetos a tutela administrativa tendrán la consideración de personas aseguradas, salvo en los casos previstos en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo” (art. 2.2 Real Decreto 1192/2012).

¹² Véanse los arts. 5 y 6 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

¹³ Ha de recordarse que la Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, había previsto que “las personas que, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, tuvieran acceso a la asistencia sanitaria en España, podrían seguir accediendo a la misma hasta el día 31 de agosto de 2012 sin necesidad de acreditar la condición de asegurado en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo”.

¹⁴ Cien mil euros, conforme al citado art. 2.1.b) del Real Decreto 1192/2012.

¹⁵ Existen dos colectivos de extranjeros, con autorización de permanencia o de estancia, que aunque no tengan la condición de asegurados, pueden recibir también asistencia sanitaria en España. Se trata de las personas solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo y de las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el período de restablecimiento y reflexión. Estas personas recibirán, mientras permanezcan en esa situación, asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, regulada en el artículo 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Véanse las disposiciones adicionales cuarta y quinta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, modificadas por el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, de los que nos ocuparemos más adelante.

su causa, hasta la situación de alta médica” y en los casos “de asistencia al embarazo, parto y postparto”¹⁶.

II. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS ANTE EL RD-LEY 16/2012¹⁷

1. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO

El Estado tiene la función de regular la situación jurídico-administrativa de los extranjeros en España, basándose para ello en la competencia exclusiva que le atribuye el art. 149.1.2 CE en materia de extranjería e inmigración. En el ejercicio de esta función, el Estado ha vinculado y condicionado la titularidad y el ejercicio de determinados derechos de los extranjeros (el derecho a la salud) a su situación legal y administrativa en España. Por otro lado, el Estado, en virtud de la competencia exclusiva que le otorga el art. 149.1.16 y 17 CE –fijar las bases y la coordinación general de la sanidad, así como el régimen económico de la Seguridad Social–, ha establecido que para acceder a las prestaciones y servicios sanitarios, con cargo a fondos públicos, además de la condición de nacionales y extranjeros residentes, es necesaria la condición de asegurado¹⁸.

Algunas Comunidades Autónomas, con ocasión de las reformas estatutarias iniciadas a partir del año 2006, han incluido en sus Estatutos de Autonomía, dentro de la parte relativa a los derechos estatutarios, un precepto en el que se reconoce, proclama o garantiza un derecho de *todas las personas* (carácter universal) a la sanidad (pública) o a la protección de la salud, en condiciones de igualdad. Aunque, como se indica en la mayoría de las normas estatutarias, de acuerdo con lo que se establezca en la ley¹⁹, y dentro del marco de las competencias que, en materia de sanidad, productos farmacéuticos o de salud pública, hayan asumido las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía²⁰.

Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1, apartados 1º y 16º CE que establecen, respectivamente, la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y la competencia sobre las bases y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos.

En definitiva, la sanidad es una materia de titularidad compartida en la que al Estado le corresponde establecer las bases o las condiciones básicas, que han de ser comunes para todas las Comunidades Autónomas, con el objeto de asegurar una uniformidad y homogeneidad en el acceso de los ciudadanos a la sanidad. A las Comunidades Autónomas les compete el desarrollo y la ejecución de las bases o condiciones básicas fijadas por el Estado que, aun cuando han de ir en una

¹⁶ Como medida de protección para las madres extranjeras gestantes, los arts. 57.6 y 58.4 LO 2/2009 disponen que las mujeres embarazadas no podrán ser devueltas ni expulsadas cuando las medidas de expulsión o devolución puedan suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre.

¹⁷ Un estudio pormenorizado y al que haremos reiteradas alusiones, DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “*El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril*”, Revista de Estudios Políticos (nueva época) núm. 163 enero-marzo, Madrid, 2014.

¹⁸ Art. 3 de la Ley 16/2003 LCCSNS y art. 2 de la LGS.

¹⁹ Así, por ejemplo, el art. 23.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por la L. O. 6/2006, de 19 de julio; el art. 25.1 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, reformado por la L. O. 1/2007, de 28 de febrero; el art. 22.1, 2, a), y 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, reformado por la L. O. 2/2007, de 19 de marzo; el art. 14.1, 2, a), y 4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por la L. O. 5/2007, de 20 de abril; o el art. 13.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, reformado por la L. O. 14/2007, de 30 de noviembre. El reconocimiento, con carácter universal, del derecho a la salud en estas normas estatutarias permitiría atribuir la titularidad del derecho a los extranjeros (ya sean regulares o irregulares), incluso en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos, aunque para ello se remitan a lo que dispongan las leyes (que pueden ser autonómicas y estatales). El Tribunal Constitucional se opondrá, sin embargo, a esta interpretación en la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 18), al considerar que la voluntad del legislador estatuyente no fue la de ampliar la titularidad de los derechos sociales a los extranjeros. Se basa para ello en una interpretación extensiva de los arts. 15.1 y 3 y 37.4 del Estatuto catalán.

²⁰ Véanse también las siguientes normas estatutarias: el art. 162.1 a 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; los arts. 30.48; 31.4 y 32.8 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el art. 55.1 a 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; los arts. 71.55 y 56 y 77.7 del Estatuto de Autonomía de Aragón; los arts. 71.1.4; 74.1 y 76.7 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; los arts. 9.1.24 y 25; 10.1.9 y 11.1.6 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

misma dirección, de acuerdo con su capacidad de autogobierno y autonomía financiera, pueden adaptarlas a sus circunstancias particulares mediante propuestas políticas propias que se concretarán, a su vez, en normas legislativas y reglamentarias²¹.

El Tribunal Constitucional, en la STC 98/2004²² establece qué se entiende por lo básico en materia sanitaria, concretamente en relación con una de sus prestaciones, la farmacéutica: «partiendo del carácter básico de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad, forzadamente se ha de afirmar que es al Estado al que corresponde su regulación, en tanto que el art. 149.1.16 le otorga la competencia exclusiva sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”». De esta forma se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud²³.

Sin embargo, esa necesaria uniformidad mínima que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede mejorarse por las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre que no se vulneren las exigencias impuestas por el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE)²⁴.

Conforme las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias en materia de sanidad, se han creado diversos regímenes jurídicos sanitarios, sin que exista un sistema público sanitario igual para todo el territorio nacional. No obstante, el Estado, para garantizar una igualdad mínima de los ciudadanos, establece por legislación básica una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y sus beneficiarios.²⁵

Esta cartera común integraría el contenido mínimo del derecho a la salud respecto de los nacionales y extranjeros residentes que tengan la condición de asegurado.

Las Comunidades Autónomas pueden superarlo mediante la creación de una cartera de servicios complementaria, cuyos beneficiarios serían los residentes que tuvieran la condición de asegurado.²⁶ Esta cartera complementaria integraría, a su vez, un contenido adicional del derecho²⁷.

Para los inmigrantes irregulares mayores de edad, el contenido mínimo del derecho a la salud, según la legislación básica del Estado, es de menor alcance pues comprendería solamente la atención

²¹ DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “*El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...*”, op. cit., p. 217.

²² De 25 de mayo de 2004. RJ 1297/97.

²³ DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “*El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...*”, op. cit., p. 217.

²⁴ Véase F. J. 7º. Esta doctrina jurisprudencial no fue adoptada por unanimidad ya que contra la decisión mayoritaria se formularon dos Votos particulares. Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hija al que se adhieren los Magistrados don Guillermo Jiménez Sánchez y don Javier Delgado Barrio. Y Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez al que se adhiere don Roberto García-Calvo y Montiel, Magistrado.

²⁵ La cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud presenta las siguientes modalidades: la cartera común básica de servicios asistenciales; la cartera común suplementaria y la cartera común de servicios accesorios. La cartera común básica de servicios asistenciales comprende las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente. Estas prestaciones son totalmente gratuitas, están cubiertas de forma completa por la financiación pública. La cartera común suplementaria incluye las prestaciones farmacéutica, ortoprotésica, la de productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente. La cartera común de servicios accesorios incluye las actividades, servicios o técnicas no esenciales pero de apoyo a la mejora de una patología crónica. Las prestaciones de la cartera común suplementaria y las de la de servicios accesorios se sufragan con fondos públicos y con aportaciones económicas de los usuarios (arts. 8, bis, ter y quáter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificado y añadidos por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril). DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “*El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...*”, op. cit., pp. 219-220.

²⁶ Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, pueden aprobar sus respectivas carteras de servicios que incluirán, al menos, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo. Para aprobar la cartera de servicios complementaria de una Comunidad Autónoma, ha asegurarse preceptivamente la financiación de la cartera común de servicios. Las Comunidades Autónomas asumirán, con cargo a sus propios presupuestos, todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado (art. 8 quinquies, 1, 3 y 7 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril).

²⁷ DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “*El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...*”, op. cit., pp. 218-219.

en urgencias por enfermedad grave o accidente (que es gratuita) y el acceso a la cartera común básica de servicios asistenciales, previa suscripción de un convenio especial y el abono de unas cuotas, en tanto en cuanto regularizan su situación²⁸.

Como hemos mencionado, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la Sanidad (*ex art. 149.1.16 CE*). El desarrollo de este título competencial se lleva a cabo, entre otras leyes, por la citada LCCSNS, en la que, según se ha dicho, se establecen las prestaciones y servicios del Sistema Nacional de Salud (contenido mínimo del derecho a la salud), así como sus beneficiarios (titularidad del derecho). El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido también, entre otras, en la STC 136/2012²⁹ según la cual: “la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia”³⁰.

En consecuencia, se descarta que “la Comunidad Autónoma ostente la competencia para establecer quiénes tienen acceso al sistema público de salud, y (...) también que pueda definir las prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud o las condiciones en las que éstas se prestan”.³¹

Del mismo modo que se ha permitido a las Comunidades Autónomas, en desarrollo de las bases del Estado, aprobar sus propias carteras de servicios y establecer prestaciones adicionales para sus residentes (ámbito objetivo del derecho), podría admitirse también que las Comunidades Autónomas ampliaran por normas autonómicas la titularidad de las prestaciones y servicios (ámbito subjetivo del derecho). De esta manera podría facilitarse su acceso, en determinados supuestos y con el cumplimiento de ciertas condiciones, a personas que no tuvieran la condición de asegurado, como es el caso de los inmigrantes irregulares.³²

La ampliación del catálogo de prestaciones sanitarias y de la titularidad del derecho a la salud a los extranjeros irregulares ya había sido iniciada por algunas Comunidades Autónomas, incluso antes de la reforma de la Ley de Extranjería por la LO 2/2009, que atribuía ese derecho a los extranjeros que se encontrasen en España, siempre que estuviesen inscritos en el Padrón municipal. Así, por ejemplo, Andalucía reconocía a los inmigrantes irregulares, también a los no empadronados que acreditasen recursos económicos insuficientes, el acceso a prestaciones adicionales a las de urgencia como los servicios básicos de salud o las consultas externas³³.

²⁸ Art. 14.2 LO 2/2009. “Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica”.

²⁹ De 27 de junio de 2012. RJ 2810/2009.

³⁰ Véase F.J. 5º. En efecto, continúa diciendo el Tribunal, “la definición de quiénes pueden considerarse asegurados y en consecuencia tener acceso al Sistema Nacional de Salud, así como las concretas prestaciones sanitarias que deben ser garantizadas a todos ellos (...), permite establecer un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia. Vinculado con ello, forma lógicamente también parte del ámbito de lo básico la concreta definición de las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias comunes (básicas, suplementarias o de servicios accesorios). Además, también por aplicación de nuestra doctrina (SSTC 98/2004, de 25 de mayo; y 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3) cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las «suplementarias» y de «servicios accesorios») pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o «copago»)”.

³¹ Véase F. J. 8º. Se concluye asimismo en la sentencia “que la Comunidad Autónoma carece también de competencia para establecer una tasa sobre esta materia” (la sanitaria). Ello invade la competencia estatal del art. 149.1.16 CE. De ahí que, en el caso concreto, se declare la inconstitucionalidad y nulidad de un precepto de una Ley valenciana que había establecido una tasa por prestación de servicios sanitarios.

³² DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...”, *op. cit.*, pp. 219-220.

³³ VV.AA.: *Los derechos sanitarios de los inmigrantes*, AJA, E., MONTILLA, J. A. Y ROIG, E. (Coords.), Valencia, 2006, pp. 482-493. Navarra exigía a los inmigrantes irregulares únicamente el empadronamiento en su lugar de residencia habitual para acceder a la atención sanitaria, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud de Navarra y en la Ley Foral 9/1999, de 6 de abril, para una Carta de Derechos Sociales. Posteriormente, la Ley Foral de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, de 28 de octubre de 2010, reitera también en su art. 11.1, el reconocimiento de la asistencia sanitaria pública “a los inmigrantes que residan en los (...)”

2. EL DIFERENTE PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Ante la reforma del Sistema Nacional de Salud por el Real Decreto-ley 16/2012, en virtud de la cual se priva a los extranjeros irregulares de la tarjeta sanitaria y de la mayoría de las prestaciones sanitarias, las Comunidades Autónomas han reaccionado de forma diversa a la hora de aplicar y desarrollar la citada norma.

En este sentido, pueden distinguirse los siguientes grupos de Comunidades Autónomas.

a) Un primer grupo comprendería aquellas Comunidades como las de Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Islas Baleares, Extremadura, Aragón o Murcia, en las que, desde el 1 de septiembre de 2012, el Gobierno autonómico aplica el Real Decreto-ley 16/2012, negando la tarjeta y la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en los supuestos contemplados en el propio Decreto-ley: atención en urgencias, mujeres embarazadas y menores de edad. Aun así, se han denunciado algunos casos en los que se ha vulnerado lo dispuesto en el propio Real Decreto-ley 16/2012, como el de aquellos gobiernos autonómicos que, cuatro meses antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, en mayo de 2012, procedieron a expulsar a los inmigrantes irregulares de sus sistemas sanitarios. También pueden constatarse otros casos en los que se ha tardado en elaborar o en comunicar formalmente instrucciones o directrices para informar al personal sanitario de las medidas definitivas o de los procedimientos de aplicación del Real Decreto-ley, originando un gran desconcierto entre las personas usuarias y una descoordinación importante en los centros sanitarios. En otras Comunidades Autónomas se han elaborado instrucciones o circulares confusas (no publicadas oficialmente), en las que se permite al personal administrativo, no al personal sanitario, la potestad para decidir cuándo se está o no ante una situación de urgencia; o no se aclara suficientemente al personal sanitario cómo actuar en casos de enfermedades crónicas o de patologías declaradas como supuestos de Salud Pública. También se han denunciado casos de desatención sanitaria a inmigrantes irregulares que eran menores o mujeres embarazadas, o de facturación por asistencia al parto, o de ausencia de asistencia farmacológica a personas enfermas crónicas, o con patologías severas³⁴.

b) Un segundo grupo de Comunidades Autónomas estaría compuesto por aquellas Comunidades que, desde un primer momento, anunciaron la voluntad de no aplicar el Real Decreto-ley 16/2012, facilitando la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares o, dicho de otro modo, ampliando subjetiva y objetivamente la prevista en la norma estatal. Se incluirían Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco. Incluso dos de ellas reaccionaron frente al Decreto-ley 16/2012 interponiendo un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos (Asturias y Andalucía).

Desde los Gobiernos de algunas de estas regiones, y a través de la Consejería competente en materia de sanidad o salud, se han elaborado normas autonómicas (la mayoría de ellas instrucciones internas) en las que se atribuye a los inmigrantes irregulares el acceso a las prestaciones sanitarias del

municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa". Cataluña, a partir del Decreto 188/2001, de 26 de junio, de las personas extranjeras y su integración social en Cataluña (art. 7.1.3 y 4), basta con la inscripción en el Padrón de un municipio de Cataluña en el que residen habitualmente para que se les otorgue la tarjeta y la asistencia sanitaria. En el País Vasco, el Decreto 26/1988, de 16 de febrero, reconocía la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Vasco de Salud, a quienes careciesen de los suficientes recursos económicos y no estuviesen protegidos por el sistema de la Seguridad Social, siempre que estuviesen empadronados en un municipio del País Vasco. El Gobierno vasco podrá ampliar en el territorio del País Vasco el catálogo de las prestaciones individuales sanitarias del Sistema Nacional de Salud, determinando su ámbito subjetivo y las condiciones de acceso y de cobertura financiera (art. 4.4).

³⁴ En este sentido debemos destacar que los menores y las embarazadas tienen reconocido el derecho a la asistencia sanitaria en todo caso. Sobre estos casos, ampliamente la página web de la Organización No Gubernamental "Médicos del Mundo" http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.contents/mem.detalle_cn/reلمenu.111/id.3187). Puede traerse también a colación el primer caso conocido de muerte de un inmigrante irregular por no recibir la asistencia sanitaria adecuada. Un senegalés de veintiocho años, residente desde hace ocho años en España, al que, según lo publicado en los medios de comunicación, no se le diagnosticó la enfermedad que padecía, tuberculosos, ni recibió una asistencia hospitalaria adecuada (diario El País, de 10 de mayo de 2013: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/10/actualidad/1368202072_471737.html).

servicio de salud autonómico en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma³⁵.

Para ello, se les otorga un documento acreditativo o una tarjeta especial (que puede ser provisional, susceptible de prórroga), aunque para su obtención se exige el cumplimiento de determinados requisitos como el carecer de otro sistema de cobertura sanitaria, el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma (que difiere de unas Comunidades a otras) y no superar una cuantía de ingresos determinada.³⁶

Debemos destacar la Comunidad del País Vasco, en la que se aprueba un Decreto, el 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi³⁷, por el que se amplía la cobertura sanitaria a las personas que habían sido excluidas por el Real Decreto-ley 16/2012. Así, el art. 2.2 establece que aquellas personas que dispusieran de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, recibirán las mismas prestaciones sanitarias de las que disfrutaban quienes tienen la condición de asegurado o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud³⁸. Y, para recibir la asistencia sanitaria es preciso que cumplan simultáneamente los requisitos exigidos: empadronamiento por un año en cualquiera de los municipios de Euskadi, carecer de determinados ingresos y no tener acceso a otro sistema de protección sanitaria pública³⁹.

El Gobierno de la nación plantea ante el Tribunal Constitucional un conflicto positivo de competencias frente al Gobierno vasco y contra determinados preceptos del Decreto 114/2012. Considera que las disposiciones impugnadas afectan a materias de competencia exclusiva del Estado por contradecir la legislación básica estatal en materia de sanidad interior (art. 149.1.16 CE).

El Decreto impugnado introduce diferencias respecto de la legislación básica en el ámbito subjetivo del derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública y gratuita, ya que modifica la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos prevista en la norma estatal. El Gobierno de España solicita, asimismo, la suspensión del Decreto 114/2012. El Pleno del Tribunal, mediante providencia de 24 de julio de 2012, admite a trámite el conflicto positivo de competencias y acuerda la suspensión de la vigencia y aplicación del Decreto del Gobierno vasco. Este Gobierno presenta alegaciones y solicita el levantamiento anticipado de la suspensión de la vigencia del Decreto⁴⁰.

El Tribunal resuelve el incidente de suspensión en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, en el que acuerda levantar la suspensión de algunos de los preceptos del Decreto 114/2012, en concreto, los que permiten dar asistencia sanitaria a determinadas personas excluidas por el Real Decreto-ley 16/2012.⁴¹ En este incidente, el Tribunal pondera dos intereses generales: de un lado, el interés general determinado por el beneficio económico y el ahorro que supone para el Estado las medidas adoptadas con la redefinición del ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud; de otro, el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE⁴².

El TC se inclina a favor de esta última consideración fundamentando su decisión en que, “el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad,

³⁵ DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “*El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...*”, op. cit., pp. 222-223.

³⁶ Por ejemplo, en Andalucía, el Servicio de Salud Andaluz, se publica un manual respecto a la asistencia sanitaria de extranjeros irregulares, http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/cs salud/galerias/documentos/p_4_p_2_promocion_de_la_salud/materiales_publicados_inmigrantes/manualatencioninmigrantes.pdf.

³⁷ BOE de 29 de junio de 2012.

³⁸ Decreto 114/2012.

³⁹ Art. 2.3 Decreto 114/2012.

⁴⁰ DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “*El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...*”, op. cit., p. 224.

⁴¹ Los arts. 1; 2, apartados 2 y 3; 3; 4; 5; 6, apartados 1 y 2; 7, apartados 2 y 3, y disposición final primera.

⁴² Véase F.J. 5º.

poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado⁴³.

c) En tercer lugar, encontramos las Comunidades Autónomas que han desarrollado otros mecanismos o procedimientos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares.

Así, en algunas de ellas (Castilla y León y Valencia) se han adoptado determinadas instrucciones o circulares por órganos de las Consejerías competentes en materia sanitaria en las que se reconoce la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, aunque con la obligación de facturar los servicios prestados. No obstante, en dichas instrucciones se establece también la posibilidad de que se den situaciones de facturas impagadas, al no poder abonar su importe los inmigrantes irregulares por carecer de recursos económicos suficientes. Incluso, en algunos casos, se contempla que las facturas puedan satisfacerse con cargo a los servicios sociales de la Comunidad, de los Ayuntamientos o de organizaciones no gubernamentales⁴⁴.

Dentro de este grupo de Comunidades Autónomas, destacan Galicia y Canarias, en las que desde las Consejerías responsables de la materia sanitaria, se han dictado también normas (instrucciones o circulares internas) que contienen programas de salud pública o de carácter social, habilitando incluso procedimientos para la elaboración de un registro y para la obtención de un documento que acredite a los inmigrantes irregulares como usuarios del servicio de salud autonómico. Se condiciona también el acceso a dichos programas y documentos acreditativos a que los inmigrantes irregulares cumplan determinados requisitos como el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma, el no superar una cuantía de ingresos determinada o el carecer de otro sistema de cobertura sanitaria.⁴⁵

⁴³ Véase F.J. 5º.

⁴⁴ En Castilla y León existe una Instrucción de la Gerencia Regional de Salud, de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, de la que no tenemos constancia de su publicación oficial. En ella se indica también que ha de facilitarse la prestación de salud pública ante la aparición de brotes o enfermedades transmisibles. La Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León establece en el art. 13, como objetivos prioritarios de los poderes públicos relacionados con la integración de los inmigrantes en el ámbito de la salud (mandatos excesivamente generales): b) adaptar la atención sanitaria a las peculiares necesidades sanitarias de los inmigrantes; d) expedir a los inmigrantes la tarjeta sanitaria a través de los cauces y de acuerdo con los requisitos establecidos por la normativa aplicable; e) prestar atención especial a las particulares necesidades de prevención y promoción de la salud de los inmigrantes, especialmente mujeres, menores y personas con discapacidad». A partir del 1 de septiembre de 2013, que entra en vigor el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Servicio de Salud de Castilla y León propone en el «Portal de Salud Castilla y León», que las personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud firmen un convenio especial con la Gerencia Regional de Salud para recibir la prestación de asistencia sanitaria, en las condiciones establecidas en dicha norma (<http://www.saludcastillayleon.es/ciudadanos/es/enlaces-interes/portales-salud/ccaa>). En Valencia, ha de tenerse en cuenta la instrucción 5/2012, denominada «Instrucción tras la sincronización con SNS y sobre el acceso a la asistencia sanitaria en situaciones especiales», aplicable a la población extranjera irregular y sin recursos. Instrucción distribuida el 8 de octubre de 2012 por la Agencia Valenciana de la Salud.

⁴⁵ En Galicia puede consultarse la Instrucción 10/2012, de la Consejería de Sanidad, de 31 de agosto, sobre la prestación de asistencia sanitaria en Galicia a las personas que no tienen la condición de asegurado o de beneficiario reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina. En ella se prevé la creación de un Programa gallego de protección social de salud pública, al que pueden acceder todas aquellas personas que a partir del 1 de septiembre de 2012 no tengan derecho de asistencia sanitaria por carecer de la condición de asegurado o de beneficiario. Entre estas personas estarían los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España que se encuentren en Galicia. Es la Instrucción 15/2012, de 21 de septiembre, la que regula la creación del Programa gallego de protección social de salud pública, estableciendo los requisitos necesarios para solicitar la inclusión en dicho programa. Estas Instrucciones puede consultarse en el Diario Oficial de Galicia nº 175, de 13 de septiembre de 2012, y nº 193, de 9 de octubre de 2012. En Canarias ha de acudirse a la Instrucción nº 10/2012, de la Directora del Servicio Canario de Salud, por la que se aprueban un conjunto de actuaciones en materia de Promoción de la Salud, Prevención de la Enfermedad y Prestación de la Asistencia Sanitaria Básica, dirigidas a personas extranjeras, no autorizadas ni registradas como residentes en territorio español, que carecen de recursos económicos suficientes. En ella se mencionan las actividades sanitarias a las que pueden acceder y las excluidas. Sobre esta Instrucción, vid. la página web del Servicio Canario de la Salud: http://www2.gobiernodecanarias.org/sanidad/scs/content/fe6336e1-4b5e-11e2-a5ba-c162420e469e/ConjuntoActuaciones21_12_12.pdf. Valencia ha publicado también una Instrucción de 31 de julio de 2013, de la Secretaría Autonómica de Sanidad, por la que se informa de la puesta en marcha del Programa Valenciano de

En Navarra, por su parte, el Consejo de Gobierno aprobó el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, que modifica el anterior Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, por el que se establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad Foral de Navarra encaminado a excluir del Sistema Nacional de Salud a quienes no tuvieran la condición de asegurado conforme al RD-ley 16/2012⁴⁶.

Esta norma se publica en clara oposición a una norma de mayor rango jerárquico: la Ley Foral de derechos y deberes de 2010 que reconoce la asistencia sanitaria pública “a los inmigrantes que residan en los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa.”⁴⁷

Con el objeto de evitar la situación de inseguridad jurídica que se había creado y solucionar el conflicto normativo originado, el Parlamento navarro aprobó una ley, la Ley Foral 8/2013, por la que actualmente se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra⁴⁸. El artículo único de esta Ley dispone de forma tajante que, “todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa”⁴⁹.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

En enero de este año, la justicia anuló la orden del Gobierno catalán que garantizaba la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha dado la razón al Ministerio de Sanidad, que en 2015 se opuso a la decisión de la Generalitat de mantener la cobertura médica a los inmigrantes que estuvieran empadronados. Un decreto del Gobierno de Mariano Rajoy que denegaba el servicio a los extranjeros indocumentados.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, interpuso recurso contencioso administrativo contra la Orden SLT/330/2015, de 20 de octubre, por la que se regulan el contenido y el modelo de la tarjeta sanitaria individual en Cataluña publicada en el DOGC n° 6987 de fecha 30 de octubre de 2015.

Protección de la Salud, destinado a los extranjeros (irregulares) mayores de edad que no tengan reconocida la condición de asegurado o beneficiario, siempre que lleven empadronados un año en algún municipio de la Comunidad Autónoma, carezcan de recursos económicos y no reúnan los requisitos necesarios para suscribir un convenio especial de prestación sanitaria. (Véase la página web de la Agencia Valenciana de Salud: http://www.san.gva.es/documents/152919/169224/PROTECCION_SALUD.pdf). Véase DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “*El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...*”, op. cit., p. 226.

⁴⁶ Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, por el que se establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad Foral de Navarra (Vigente hasta el 04 de Marzo de 2013). BOE de 9 de noviembre de 2012. Según dispone el Anexo: “D Foral [COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA] 117/2012 de 31 de octubre, suspendido de vigencia y aplicación desde el 9 de enero de 2013 por Providencia del TC (Pleno) de 29 enero de 2013, que ha acordado admitir a trámite el conflicto positivo de competencia 136/2013 («B.O.E.» 2 febrero) Téngase en cuenta que el D. Foral [COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA] 640/1996, 18 noviembre, modificado por la presente disposición, ha sido derogado por la disposición derogatoria de la Ley Foral [COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA] 8/2013, 25 febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra, B.O.N. de 4 de marzo de 2013.

⁴⁷ Art. 11.1 Decreto Foral 117/2012. DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “*El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...*”, op. cit., pp. 227-228.

⁴⁸ Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra. BOE de 15 de marzo de 2013.

⁴⁹ En el apartado 2º del artículo único se concreta lo que se entiende por “residencia”: “A efectos de lo dispuesto en el número anterior, se entiende por «residencia» el hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno el mero”. DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “*El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...*”, op. cit., p. 228.

La STSJ Cataluña, de enero de 2018⁵⁰, anula una orden dictada por la Generalitat en el año 2015 para garantizar la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares que estuvieran empadronados. Teniendo en cuenta que la normativa básica estatal no permite a las normas autonómicas de desarrollo configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de “asegurado” o de “beneficiado” establecidos por el Gobierno, la orden anulada vulnera el criterio básico establecido en la norma estatal, ya que supone una ampliación de la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones. Se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo.

La demanda que formula el Abogado del Estado sostiene que la normativa impugnada en materia de sanidad, contraviene la regulación estatal dictada al amparo de competencias básicas y en concreto:

- a. Que se vulnera lo establecido en el RD 183/2004 estatal en cuanto a los datos básicos identificativos en la configuración y diseño de la tarjeta sanitaria individual de Catalunya.
- b. La especial nulidad por contravenir la legislación estatal común de la Disposición Adicional Tercera de la Orden recurrida.

Por todo ello solicita se estime el recurso interpuesto y se dicte sentencia declarando la nulidad de la orden impugnada.

Tanto la Generalitat de Catalunya como el Institut Català de la Salut, parte demandada, sostienen que la Orden impugnada se ajusta a derecho, por cuanto el diseño de la tarjeta cumple con la finalidad perseguida en la normativa estatal, y la regulación básica del estado no puede incluir una regulación detallada y uniforme de la tarjeta, y respecto de la Disposición adicional tercera también sostiene que es ajustada a derecho por cuanto cumple con lo establecido en la Instrucción del Servei Català de la Salut de fecha 8/2015, por lo que solicita la desestimación del recurso.

El Tribunal, entrando en el fondo del asunto, establece que el art. 3 del RD 183/2004⁵¹ dispone:

1. Con objeto de disponer de datos normalizados de cada persona, en su condición de usuaria del Sistema Nacional de Salud, independientemente del título por el que accede al derecho a la asistencia sanitaria y de la administración sanitaria emisora, todas las tarjetas sanitarias incorporarán una serie de datos básicos comunes y estarán vinculadas a un código de identificación personal único para cada ciudadano en el Sistema Nacional de Salud.
2. Los datos básicos a incluir en el anverso de la tarjeta sanitaria son:
 - a. Identidad institucional de la comunidad autónoma o entidad que la emite.
 - b. Los rótulos de "Sistema Nacional de Salud de España" y "Tarjeta Sanitaria".
 - c. Código de identificación personal asignado por la administración sanitaria emisora de la tarjeta (CIP-AUT).
 - d. Nombre y apellidos del titular de la tarjeta.
 - e. Código de identificación personal único del Sistema Nacional de Salud (CIP-SNS).
 - f. Código de identificación de la administración sanitaria emisora de la tarjeta.

3. En los supuestos en los que así lo autorice la ley, atendidas las necesidades de gestión de las diferentes administraciones sanitarias emisoras, podrán incorporarse además a la tarjeta sanitaria el número del Documento Nacional de Identidad de su titular o, en el caso de extranjeros, el número de identidad de extranjeros, el número de la Seguridad Social, la fecha de caducidad de la tarjeta para

⁵⁰ Sala de lo Contencioso, R 616/2015

⁵¹ de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual. BOE de 12 de Febrero de 2004. Revisión vigente desde el 5 de Octubre de 2013.

determinados colectivos o el número de teléfono de atención de urgencias sanitarias, todos ellos en formato normalizado. Igualmente se podrá incluir una fotografía del titular de la tarjeta sanitaria⁵².

A la vista de lo expuesto, el art. 1 del citado RD regula los datos básicos comunes que de forma normalizada deben incorporar las tarjetas sanitarias individuales, por lo que si comparamos el contenido del referido art. con el art. 1 de la Orden impugnada⁵³, el Tribunal resalta la evidente comparación pues no incluye en su diseño los rótulos “Sistema Nacional de Salud de España” y “Tarjeta Sanitaria”, puesto que si resulta claro que el modelo de tarjeta establecido en la Orden incluye el Código de identificación personal único asignado por el Sistema Nacional de salud⁵⁴, en consonancia con lo exigido en el art. 3.2.e) del RD 183/2004⁵⁵.

En consecuencia, habrá que dilucidar si la omisión de los referidos rótulos, comporta la estimación de la demanda en cuestión.

La Disposición Final Primera del RD 183/2004⁵⁶ establece que dicho real decreto se dicta al amparo del art. 149.1.16^a y 17^a de la Constitución Española⁵⁷ y según lo previsto en la Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.⁵⁸

Según el Tribunal, de la lectura del mismo se deduce de manera evidente cuáles son los elementos que deben incluir las tarjetas sanitarias. Entre ellos, podemos destacar, los datos básicos de identificación del titular de la tarjeta del derecho que le asiste en relación con la prestación farmacéutica y del servicio de salud o entidad responsable de la asistencia sanitaria, sí como que los

⁵² Artículo 3 redactado por el número uno del artículo único del R.D. 702/2013, de 20 de septiembre, por el que se modifica el R.D. 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual. BOE de 4 octubre de 2013.

⁵³ Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya Núm. 6987 - 30.10.2015 CVE-DOGC-B-15301030-2015 http://dogc.gencat.cat/es/pdogc_canals_interns/pdogc_sumari_del_dogc/index.html?anexos=1&language=ca_ES&numDOGC=6987&seccion=0

⁵⁴ Art. 1.1 ORDEN SLT/330/2015, de 20 de octubre, por la que se regulan el contenido y el modelo de la tarjeta sanitaria individual en Cataluña. “En el anverso de la tarjeta sanitaria individual, como mínimo, se tienen que incluir los siguientes datos básicos:

- a) Identificación institucional del Servicio Catalán de la Salud (CatSalut).
- b) Nombre y apellidos de la persona titular de la tarjeta.
- c) Código de identificación de la persona titular de la tarjeta, asignado por el Servicio Catalán de la Salud.
- d) Código de identificación personal único asignado por el Sistema Nacional de Salud.
- e) Código de identificación del Servicio Catalán de la Salud como administración sanitaria emisora de la tarjeta.”

⁵⁵ Art. 3. 2. RD 183/2004. Los datos básicos a incluir en el anverso de la tarjeta sanitaria son: e) Código de identificación personal único del Sistema Nacional de Salud (CIP-SNS).

⁵⁶ DF 1^a Este real decreto se dicta al amparo del artículo 149.1.16.^a y 17.^a de la Constitución Española, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

⁵⁷ Art. 149.1. CE 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 16.^a Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos. 17.^a Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

⁵⁸ Art. 57. La tarjeta sanitaria individual. 1. El acceso de los ciudadanos a las prestaciones de la atención sanitaria que proporciona el Sistema Nacional de Salud se facilitará a través de la tarjeta sanitaria individual, como documento administrativo que acredita determinados datos de su titular, a los que se refiere el apartado siguiente. La tarjeta sanitaria individual atenderá a los criterios establecidos con carácter general en la Unión Europea. 2. Sin perjuicio de su gestión en el ámbito territorial respectivo por cada comunidad autónoma y de la gestión unitaria que corresponda a otras Administraciones públicas en razón de determinados colectivos, las tarjetas incluirán, de manera normalizada, los datos básicos de identificación del titular de la tarjeta, del derecho que le asiste en relación con la prestación farmacéutica y del servicio de salud o entidad responsable de la asistencia sanitaria. Los dispositivos que las tarjetas incorporen para almacenar la información básica y las aplicaciones que la traten deberán permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado y para todas las Administraciones públicas. Para ello, el Ministerio de Sanidad y Consumo, en colaboración con las comunidades autónomas y demás Administraciones públicas competentes, establecerá los requisitos y los estándares necesarios. 3. Con el objetivo de poder generar el código de identificación personal único, el Ministerio de Sanidad y Consumo desarrollará una base de datos que recoja la información básica de asegurados del Sistema Nacional de Salud, de tal manera que los servicios de salud dispongan de un servicio de intercambio de información sobre la población protegida, mantenido y actualizado por los propios integrantes del sistema. Este servicio de intercambio permitirá la depuración de titulares de tarjetas. 4. Conforme se vaya disponiendo de sistemas electrónicos de tratamiento de la información clínica, la tarjeta sanitaria individual deberá posibilitar el acceso a aquella de los profesionales debidamente autorizados, con la finalidad de colaborar a la mejora de la calidad y continuidad asistenciales. 5. Las tarjetas sanitarias individuales deberán adaptarse, en su caso, a la normalización que pueda establecerse para el conjunto de las Administraciones públicas y en el seno de la Unión Europea.

dispositivos que las tarjetas incorporen para almacenar la información básica y las aplicaciones que la traten, deberán permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado y para todas las Administraciones públicas, por lo que aparece claro que el legislador estatal, al establecer los elementos mínimos comunes a todo el territorio nacional para las referidas tarjetas, no ha incluido la referencia a los referidos rótulos. En consecuencia, el hecho de que los mismos no aparezcan en la Orden recurrida en nada afecta a los datos básicos comunes que de forma normalizada deben incorporar dichas tarjetas, por lo que el recurso en tal sentido no puede prosperar⁵⁹.

Respecto a la Disposición Adicional Tercera de la Orden SLT330/2015, la misma establece que:

“Los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tengan la condición de asegurados o beneficiarios a efectos de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, pero que tengan reconocido el acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública del Servicio Catalán de la Salud en Cataluña, tienen que recibir un documento de acceso con el mismo formado de la tarjeta sanitaria individual, pero sin el código de identificación personal único del Sistema Nacional de Salud y con la leyenda en el reverso del documento: “Aquest document només us permet l'accés als serveis sanitaris públics de la Comunitat Autònoma de Catalunya, d'acord amb el nivell assistencial assignat”.

Las SSTC 134/2017⁶⁰ y 145/2017⁶¹ señalan que “la norma autonómica vulnera la competencia estatal para establecer el ámbito objetivo y subjetivo de la materia sanidad y está en contradicción con el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; este precepto estatal permite acceder a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud a los extranjeros no registrados ni autorizados para residir en España en los supuestos y circunstancias concretas que establece pero no de una manera generalizada. Como se ha indicado, la STC 134/2017, de 16 de noviembre, aborda una problema constitucional similar al suscitado en este recurso, al haberse pronunciado acerca de si en el Sistema Nacional de Salud, establecido para todo el territorio del Estado, el derecho de acceso a la cartera de prestaciones sanitarias debe tener el mismo nivel de cobertura subjetiva. La citada STC 134/2017⁶², sostiene que el cambio en la configuración de las bases que ha llevado a cabo el Real Decreto-ley 16/2012 determina que, a la hora de delimitar, conforme al mencionado sistema de bases, quién tenga derecho a la prestación sanitaria, las diferentes Comunidades Autónomas, en cuanto administraciones sanitarias que tienen a su cargo el desarrollo normativo y la función ejecutiva de la prestación sanitaria, hayan de adecuar necesariamente sus regulaciones a los conceptos de asegurado y de beneficiario en la forma y con los límites configuradores que establece aquella normativa estatal básica, de tal manera que no puedan extender el ámbito subjetivo de la relación prestacional más allá de los límites que configura el art. 3 de la Ley 16/2003, en la redacción operada por el art. 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012⁶³, que

⁵⁹ Véase FJ 3º.

⁶⁰ Pleno. Sentencia 134/2017, de 16 de noviembre de 2017. Conflicto positivo de competencia R. 4540-2012. BOE de 20 de diciembre de 2017. Planteado por el Gobierno de la Nación en relación con diversos preceptos del Decreto del Gobierno Vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de los preceptos reglamentarios autonómicos que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud y modifican las condiciones de aportación de los usuarios en la financiación de medicamentos. Votos particulares.

⁶¹ Pleno. Sentencia 145/2017, de 14 de diciembre de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015. BOE de 17 de enero de 2018. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017). Votos particulares.

⁶² Véase FJ 5.

⁶³ Art. 3. De la condición de asegurado. 1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado. 2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta. b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social. c) Ser perceptor de cualquier otra prestación

(...)

únicamente contempla como supuesto residual, al margen de los determinados por los conceptos de asegurado y beneficiario, el de la suscripción de un convenio especial en el que, de modo individual, quien pretenda obtener el acceso a la prestación de asistencia sanitaria, deba concertarlo con la administración sanitaria correspondiente mediante el pago de una contraprestación o cuota⁶⁴.

Por tanto, el Tribunal es claro y concluye que, “la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el tantas veces citado art. 3 de la Ley 16/2003, a excepción del supuesto residual de la suscripción del convenio especial previsto en el apartado 5 del citado precepto.”⁶⁵

La determinación de la condición de asegurado y beneficiario del Sistema que establece el art. 3 de la Ley 16/2003, cumple con la doble exigencia de ser formal y materialmente básica, ya que se encuentra recogida en una norma con rango de ley y tal determinación ha sido considerada por la doctrina de este Tribunal como materialmente básica⁶⁶.

En consecuencia, establecido el carácter básico, formal y material de la normativa estatal, se plantea si el reconocimiento (por parte de normas autonómicas), del derecho al acceso a las prestaciones sanitarias de una serie de colectivos no identificados como asegurados o beneficiarios en la normativa estatal entra o no en contradicción efectiva e insalvable con la norma básica de referencia.

Como se ha señalado, tanto el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana⁶⁷, como la ORDEN 7330/2015, de 20 de octubre, por la que se regulan el contenido y el modelo de la tarjeta sanitaria individual en Cataluña, son ampliaciones de la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones no contemplado por la normativa estatal, en consecuencia, vulnera el criterio básico establecido en la norma estatal. El TSJ Cataluña establece la nulidad de la Disposición Adicional Tercera⁶⁸.

periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo. d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España. A los solos efectos de lo dispuesto en este artículo, la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, por un período inferior a seis meses, cuando no se acceda a nueva prestación o subsidio por desempleo, no impedirá recuperar la condición de parado que agotó la prestación o el subsidio por desempleo. 3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente. 4. A los efectos de lo establecido en el presente artículo, tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65 %. 5. Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

⁶⁴ Art. 3. 5 de la Ley 16/2003, en la redacción introducida por el art. 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012. “Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.”

⁶⁵ Véase FJ 2º STC 145/2017, de 14 de diciembre de 2017, referida a la Comunidad Valenciana. Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015.

⁶⁶ Entre otras, SSTC 136/2012, de 19 de junio de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 2810-2009, (FJ 5) y 63/2017, de 25 de mayo de 2017, Recurso de inconstitucionalidad 414-2013. (FJ 4).

⁶⁷ DOCV de 29 de julio de 2015.

⁶⁸ FJ 4. Ampliamente, <https://www.parlament.cat/document/bopc/263201.pdf>, pp. 21 y ss.

IV. UN DECRETO SE SUPRIME CON OTRO DECRETO: VUELTA A LA SANIDAD UNIVERSAL

El 16 de junio de 2018, la ministra portavoz Isabel Celaá, durante la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros, sorprendió con sus declaraciones⁶⁹.

El Gobierno de Pedro Sánchez ha cumplido con su promesa de volver a la situación de 2012, cuando todos los residentes en España tenían derecho a la sanidad pública.

El decreto 16/2012, que dejó sin asistencia sanitaria a un colectivo especialmente vulnerable, será sustituido por otro decreto. “Y se hace por decencia política y por protección de la salud, que además, es un mandato de todos los organismos internacionales, de la ONU, de la UE, de la OMS e, incluso, del Defensor del Pueblo, que expresó su resistencia cuando el real decreto fue publicado”, señaló Celaá.

Así, el pasado 31 de julio entraba en vigor el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud⁷⁰, con unas primeras líneas de una claridad indiscutible: “El acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona. La garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España.”

En la Exposición de Motivos, se hace referencia al papel de algunas Comunidades Autónomas que, como hemos señalado con anterioridad, se mostraban disconformes con la exclusión producida por el Real Decreto-ley 16/2012, desarrollando procedimientos con diferente amparo normativo (comunicados, instrucciones, resoluciones, órdenes, decretos o leyes) para prestar asistencia sanitaria a estas personas. En la actualidad, la mayoría de estas iniciativas se encuentran impugnadas y/o anuladas, “por lo que se produce una inequidad manifiesta y una situación de inseguridad jurídica que afecta a las personas que lo disfrutaban, a los y a las profesionales que prestan la atención sanitaria, así como a las Administraciones que las han aprobado.”⁷¹

El precepto objeto de reforma a destacar es el art. 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que queda redactado en los siguientes términos: “Artículo 3 ter. Protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español. 1. Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, tal y como se establece en el artículo 3.1. 2. La citada asistencia será con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes siempre que dichas personas cumplan todos los siguientes requisitos: a) No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable. b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. c) No existir un tercero obligado al pago. 2. La asistencia sanitaria a la que se refiere este artículo no genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas internacionales en materia de seguridad social aplicables. 3. Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial a la que se refiere este artículo. En aquellos casos en que las personas extranjeras se encuentren en situación de estancia temporal de acuerdo con lo previsto en la Ley

⁶⁹ https://elpais.com/politica/2018/06/15/actualidad/1529059447_733412.html. En vídeo: Rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros. Emilio Naranjo. Agencia EFE.

⁷⁰ BOE de 30 de julio de 2017. En adelante RD-ley 7/2018.

⁷¹ RD-ley 7/2018, p. 2.

Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las comunidades autónomas. 4. Las comunidades autónomas deberán comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, mediante el procedimiento que se determine, los documentos certificativos que se expidan en aplicación de lo previsto en este artículo.”

V. CONCLUSIONES

La regulación nacional sobre la materia sanitaria resulta caótica, debido a los numerosos e importantes cambios que en esta materia se han producido en los últimos años.

Con la reciente entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, volvemos a la sanidad universal. Pero ser extranjero y sin residencia legal en España no son requisitos suficientes para poder beneficiarse de la atención universal en los términos que dispone el Real Decreto del Gobierno. Es necesario también “no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable”. Por lo que para poder acogerse a esta norma, el beneficiario no puede “exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia” y no “existir un tercero obligado al pago”.

Este Real Decreto supone la modificación de dos normas fundamentales de la sanidad española: la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

El ajuste llevado a cabo en esta segunda norma establece que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, deberán aportar un porcentaje del precio de los medicamentos y productos sanitarios que requieran.

CAPÍTULO XIX. LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LAS TRABAJADORAS EN SITUACIONES DE EMBARAZO, PUERPERIO O LACTANCIA: ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS QUE GARANTICEN SU TUTELA FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO

JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA

*Profesor PSI de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

I. CUESTIONES PRELIMINARES: LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LA FUNCIÓN PROCREADORA

El fundamento jurídico de la especial protección de la función procreadora es la garantía de la salud laboral de la mujer trabajadora durante la maternidad que engloba a un conjunto de situaciones en las que la trabajadora muestra una especial vulnerabilidad a determinados riesgos derivados del trabajo¹. Esta situación de mayor vulnerabilidad presenta como característica fundamental un efecto expansivo, dado que los riesgos presentes en el lugar de trabajo que pueden afectar directamente a la salud de la trabajadora, también lo podrían hacer de forma indirecta al feto o lactante². Por lo tanto, la tutela se dirige también a la protección de la salud del feto que va a nacer y al recién nacido.

Desde esta perspectiva pensamos que es conveniente abordar el estudio de la protección de la trabajadora frente al riesgo durante el embarazo, puerperio y lactancia natural, en el contexto del principio de igualdad y no discriminación en el empleo. Destacando de esta línea argumental que la preceptiva e indispensable protección de la seguridad y la salud en el trabajo de este colectivo no puede constituir una justificación que desfavorezca su posición en el mercado de trabajo³.

Tradicionalmente en España⁴, las políticas de salud laboral, la gestión de la prevención de riesgos laborales en las empresas y el propio desarrollo legislativo sobre este tema, se han caracterizado por estar construido sobre un modelo neutro de trabajador⁵, cuyo referente ha sido el trabajador masculino. Las normas vigentes reguladoras de la prevención de riesgos laborales contemplan la

¹ Para profundizar sobre la finalidad de la protección, se puede consultar LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 44 y63-64.

² Incidencia provocada por la inmediatez del contacto fisiológico y emocional existente entre la madre y el feto o lactante.

³ Entendida ésta en un sentido amplio que abarcaría múltiples situaciones: acceso al empleo, consolidación del puesto de trabajo, ascensos, retribuciones, desarrollo de su carrera profesional, etc. Subrayamos que esta protección específica debe servir de soporte para favorecer la consolidación de la igualdad real y efectiva. Un desarrollo amplio sobre este tema se encuentra en la siguiente obra: PERÁN QUESADA, S.: *Derecho social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

⁴ A diferencia de nuestro marco constitucional, en el derecho comparado podemos encontrar referencias de protección específica de la mujer trabajadora. Concretamente en la Constitución de la República Italiana de 21 de diciembre de 1947, en su art. 37 dice: “La mujer trabajadora tendrá los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, la misma rétribution que el trabajador (...) Las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial y asegurar a la madre y al niño una protección especial adecuada”.

⁵ Vid. BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 11.

relevancia del sexo del trabajador en el contexto de la maternidad de la mujer trabajadora. Concretamente, dentro del grupo de los trabajadores sensibles de determinados riesgos laborales⁶.

Por lo tanto, esta regulación es fruto del principio de adaptación del trabajo a la persona del trabajador -recogido tanto en la legislación comunitaria como en la nacional-. En efecto, en las normas sobre salud laboral aplicables a este colectivo, donde ocupan un lugar destacado la evaluación de riesgos, se establecen como medidas de protección específica: la adaptación del puesto de trabajo, la movilidad funcional o cambio de las condiciones de trabajo y la suspensión del contrato de trabajo por riesgo para la salud de la trabajadora embarazada del feto o lactante.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Como ya se ha comentado supra, la tutela se extiende a la maternidad en sentido amplio, por tanto, existe una protección que abarca tanto a la trabajadora embarazada, como a aquella que haya dado a luz o que se encuentre en periodo de lactancia natural⁷.

Desde una perspectiva prevenciónista, el análisis nos desvela una protección especial de la maternidad en la que se excluye al trabajador varón. Sin duda, los aspectos relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo se refieren exclusivamente a las situaciones conectadas directamente al sexo femenino.⁸

Respecto a las ocupaciones o actividades que se protegen, hay que subrayar que la protección de la maternidad no se limita al trabajo dependiente y por cuenta ajena, sino que también abarca la función pública. Su fundamentación jurídica en el plano internacional, se encuentra reflejado en los arts. 2 apartados 1º y 2º y 16.3 Directiva 89/391/CE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y el art. 1 apartados 1º y 2º Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En ambos instrumentos jurídicos, se establece que la protección jurídica que se dispensa es aplicable a las trabajadoras de todos los ámbitos y ocupaciones, ya sean actividades públicas o privados, siendo contrarias a la misma la exclusión de determinadas categorías como pueden ser las trabajadoras del sector público⁹, las trabajadoras vinculadas por un contrato atípico o la exclusión de determinadas actividades aunque se realicen en circunstancias de excepcionalidad. En el plano nacional, el art 3.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de

⁶ Aunque tendremos ocasión de profundizar sobre este tema en los siguientes epígrafes, conviene señalar que los pilares legislativos más significativos en esta materia son: en el plano internacional, la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; mientras que en el ámbito nacional hay que destacar los artículos 25.2 y 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.

⁷ Coincidimos con la posición doctrinal que defiende una interpretación extensiva del art. 26 de la LPRL. Aunque, a priori, de la literalidad del precepto se desprende la protección de la “maternidad”; sin embargo, la protección jurídica contenida en el mismo supera la literalidad de la norma, extendiéndose también a la situación de parto reciente y lactancia natural. Por lo tanto, hay un deber de protección de la salud de la trabajadora, cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada, del feto y del recién nacido. Incluso este deber de protección se extiende a los riesgos laborales que puedan afectar a la función procreadora, como se desprende del art. 25.2 LPRL. Vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales...* op.cit. p. 65.

⁸ Hay un número significativo de autores que se han manifestado en este sentido, de los que citamos a modo de ejemplo los siguientes: CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Maternidad y salud laboral”, Revista Salud y Trabajo, núm. 113, 1996, pp. 5-13; CALVO GALLEGO, F.J. y JUNCO CACHERO, M.: “Derecho de la salud de la trabajadora: de la protección de la mujer a la tutela de la maternidad”, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral. XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Granada, Universidad de Granada, 1996, pp. 696-708; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad: análisis normativo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y IGARTUA MIRÓ, M.T.: *La prestación por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002 y MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.: *Maternidad y salud laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. También en esta línea argumental compartiendo con los autores citados Vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales...* op.cit. p. 65.

⁹ Vid. BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural...* op. cit, p. 11. Sobre la extensión de la Directiva 92/85/CEE a la función pública, ver la STJUE de 17 de julio de 2012, BG, asunto F-54/11.

prevención de riesgos laborales -en adelante, LPRL- establece que las disposiciones contenidas en esta ley serán de aplicación también a la función pública¹⁰. Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público¹¹, contiene también una remisión a la legislación laboral, concretamente en el art. 51 que dice que “Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente”.

Conviene precisar que en España, la LPRL no será de aplicación en aquellas actividades¹² cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas. No obstante, esta Ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades -art. 3.2 LPRL-.

Otra figura que quedaría bajo el amparo de la protección de la LPRL, sería la correspondiente a las trabajadoras de las cooperativas integradas en las categorías de “socios trabajadores¹³”. De conformidad con el art. 3.1 LPRL, pensamos que le sería de aplicación plena los contenidos del art. 26 LPRL. Sin embargo, desde el ámbito comunitario, conviene aclarar que la calificación del vínculo -concepto de trabajadora-, no correspondería a los ordenamientos internos, sino que es el Derecho comunitario quien lo establece conforme a criterios objetivos de forma que sea común para todos los Estados miembros.

Diferente trato es el que se dispensa a las trabajadoras autónomas que quedan excluidas de la protección que se dispensa a las trabajadoras por cuenta ajena desde la doble perspectiva del Ordenamiento interno y del comunitario. De esta forma, ni la LPRL¹⁴ ni la Directiva 92/85/CEE¹⁵ incluyen a las trabajadoras autónomas. Sin embargo, las trabajadoras autónomas tienen reconocida la prestación por riesgo y la atención preventiva -aunque de forma parcial- de los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural. En este sentido, las trabajadoras autónomas tienen reconocida la prestación por riesgo durante el embarazo en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras -DA 8ª, ap. 3º de la Ley General de Seguridad Social- y por riesgo durante la lactancia natural en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Además de recibir una atención especial -aunque de tipo parcial- de diversos aspectos preventivos sobre los riesgos derivados durante el embarazo y la lactancia natural en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Modificaciones importantes sobre esta materia, están previstas en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008 por la que se modifica la Directiva

¹⁰ Vid. APILLUELO MARTÍN, M.: *Reubicación de los funcionarios públicos por motivos de salud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 80.

¹¹ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 261, de 31/10/2015).

¹² Dichas actividades son: seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil y Cuerpos policiales.

¹³ Entiéndase también incluidos otros términos equivalentes como “socios de trabajo” y similares. Véase sobre este asunto: GARCÍA SALAS, A.I.: «Las cooperativas de trabajo asociado bajo la normativa de prevención de riesgos laborales: "operaciones de ajuste" en las figuras de empresario y trabajador», *Temas Laborales - Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 2004, pp. 74; 77-108.

PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2004, pp. 53; 57-83. CARDONA RUPERT, M.B.: “Prevención de riesgos laborales en las cooperativas”, *Aranzadi Social (Estudios Doctrinales)*, núm. 5, 2001, pp. 499-510. También ver BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural... op. cit.*, p. 35.

¹⁴ Adviértase que el art. 3.1 LPRL delimita el ámbito subjetivo de su regulación sobre el trabajador por cuenta ajena. No obstante, esta exclusión de los trabajadores autónomos de la LPRL, no se establece de forma total y plena, ya que el propio art. 3.1 LPRL, añade que: “(...) sin perjuicio de los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos (...)”. Ahora bien, ¿a qué se refiere, cuando habla de derechos y obligaciones de los autónomos? Pensamos que, en este caso, se refiere a la posibilidad del autoaseguramiento del art. 15.5 LPRL y las obligaciones de coordinación de las actividades empresariales reguladas en el art. 24, ap. 1º y 2º LPRL.

¹⁵ Su protección se encuentra regulada en art. 8 de la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

92/85/CEE¹⁶, en la que se incluyen en su ámbito de protección a las trabajadoras del servicio doméstico-antes excluidas-

La nueva redacción del art. 2 es la siguiente:

“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) *Trabajadora embarazada*: cualquier trabajadora embarazada que ejerza una actividad laboral con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico, y que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

b) *Trabajadora que ha dado a luz*: cualquier trabajadora que ejerza una actividad laboral con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico, que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, y que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales; a efectos de la presente Directiva, se entenderá igualmente cualquier trabajadora que haya adoptado un niño.

c) *Trabajadora en período de lactancia*: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales que ejerza una actividad laboral con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico, y que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales”.

1. TRABAJADORA EMBARAZADA

El primer problema jurídico que se plantea en relación a la trabajadora embarazada es determinar el momento a partir del cual se debe proteger, desde la perspectiva prevencionista, esta situación especial en la que se encuentra la trabajadora. Un análisis comparativo del Ordenamiento comunitario y el Derecho interno nos desvela una regulación desigual. Por una parte, la Directiva 92/85/CEE prevé que se considerará “trabajadora embarazada”, aquella que informe¹⁷ a la empresa de su estado de gestación de conformidad con la legislación y/o práctica nacional.

Sin embargo, en nuestro Ordenamiento interno -art. 26 LPRL-, la trabajadora no está obligada a comunicar al empresario su estado de embarazo, ya que este aspecto pertenece al ámbito de la intimidad de la trabajadora -art. 18.1 CE-. Por lo tanto, la obligación para el empresario nacerá cuando éste tenga constancia efectiva del embarazo de la trabajadora, con independencia del medio de información¹⁸ que se haya utilizado. Es decir, aunque la trabajadora no haya comunicado formalmente su estado de embarazo a la empresa, el conocimiento de su estado por parte de ésta obligará a la misma a que adopte las medidas preventivas oportunas para proteger la maternidad. Ahora bien, en algunos casos, en los que la empresa alegue su falta de conocimiento, no le será exigible la adopción de medidas preventivas y de protección del embarazo¹⁹.

¹⁶ Obsérvese que en la nueva redacción se incluyen a las trabajadoras del servicio doméstico-antes excluidas-.

¹⁷ Hay que precisar que el TJCE se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la comunicación del embarazo. Así por ejemplo, en la STJCE de 4 de octubre de 2001, la trabajadora no tendrá que comunicar su embarazo, a pesar de que tenga ya conocimiento del mismo; incluso en el momento de la firma del contrato de trabajo. También, la STJCE de 27 de febrero de 2003, la trabajadora no está obligada a comunicar su estado de embarazo al empresario y, en consecuencia éste no puede tener en consideración el embarazo a fin de adoptar las medidas protectoras.

¹⁸ La comunicación se podrá realizar de forma oral o por escrito, siendo esta última la recomendable en aras de la seguridad jurídica.

¹⁹ Parece lógico que, a pesar de no existir la obligación para la trabajadora embarazada de comunicar su estado, sería recomendable que a efectos de evitar situaciones de inseguridad jurídica, la trabajadora comunicara su situación a la empresa -preferiblemente de forma escrita-. Así se deduce de una numerosa jurisprudencia de nuestros tribunales: Vid. STS (Sala IV), de 26 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1013); STSJ (Sala de los Social) de Andalucía, de 23 de junio de 2009 (AS 2009, 2287); STSJ (Sala de los Social) de Canarias, de 30 de octubre de 2007 (AS 2008, 487); STSJ (Sala de los Social) de Canarias, de 19 de diciembre de 2006 (AS 2007, 1449); STSJ (Sala de los Social) de Cataluña, de 9 de marzo de 2006 (AS 2006, 2429); STSJ (Sala de los Social) del País Vasco, de 21 de junio de 2005 (AS 2005, 2421) y STSJ (Sala de los Social) de Madrid, de 29 de junio de 2004 (AS 2004, 2402).

2. TRABAJADORA EN PERIODO DE PUERPERIO

La protección de la trabajadora en periodo de posparto, se contempla en el art. 26.1 de la LPRL, en conexión con el art. 48.4 del ET y el art. 133 bis LGSS. Dicha situación comprende desde el momento en que termina la suspensión obligatoria del contrato de trabajo por maternidad -desde las seis semanas de descanso obligatorio de la madre, que computa desde el parto- hasta el momento incierto de la incorporación de la mujer al trabajo -que puede durar hasta dieciséis²⁰ o dieciocho²¹ semanas- al agotarse la prestación por maternidad.

En otros supuestos, la trabajadora se incorporará a su puesto de trabajo después de las seis semanas de descanso obligatorio y antes de las dieciséis semanas de baja por maternidad.²² En estos casos, el empresario debería tener en cuenta, desde el punto de vista preventivo, el estado aún de recuperación de la mujer trabajadora²³.

En definitiva, en el caso de posparto, la finalidad de la protección es garantizar la recuperación de la trabajadora para el trabajo y adecuar el mismo si existen riesgos específicos durante los primeros momentos de la actividad laboral. Aunque en algunos supuestos, la interrupción de la prestación laboral de la trabajadora pueda dilatarse ya que, junto a la citada baja por maternidad, se podrá agregar la suspensión del contrato por IT derivada de contingencias comunes²⁴.

3. TRABAJADORA EN PERIODO DE LACTANCIA NATURAL

En referencia al establecimiento de los límites del periodo de lactancia natural, el art. 2, c) de la Directiva 92/85/CEE, establece que: “*cualquier trabajadora en periodo de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comuniquen su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales*”, lo que significa que serán las legislaciones de cada Estado miembro las encargadas de establecer los límites de dichos periodos²⁵.

En nuestro Ordenamiento jurídico, desde la perspectiva preventiva, se protege la lactancia natural²⁶. Es una protección especial, regulada en los arts. 4 y 26.1 LPRL y el art. 37.4 ET, en los que se establece que la madre trabajadora podrá disfrutar de esta protección hasta que el hijo cumpla los nueve meses. Su justificación jurídica se encuentra en el amamantado natural del recién nacido por parte de la madre trabajadora, siendo la leche materna una fuente común de transmisión de enfermedades, lo que supone un riesgo derivado de la exposición de la mujer trabajadora a determinados agentes o sustancias presentes en el ambiente laboral²⁷.

Al igual que en los otros supuestos analizados supra, la trabajadora no está obligada a informar a la empresa de la lactancia natural -derecho fundamental a la intimidad-, lo que supone que el empresario podrá conocer esta situación y, por tanto adoptar las medidas protectoras y preventivas

²⁰ En el caso que la trabajadora no reparta con el padre el período de suspensión.

²¹ Supuesto de parto múltiple.

²² Por ejemplo en aquellos supuestos que la trabajadora no reúne las condiciones de acceso a la prestación por maternidad regulado en el art. 133 ter LGSS.

²³ Sin duda, estamos ante una situación de incertidumbre jurídica, ya que se carece de un concepto de “parto reciente”. Ni la norma comunitaria ni la nacional lo define. En definitiva, el empresario desconoce el momento a partir del cual debe prestar la protección preventiva a la trabajadora, aunque dicha circunstancia se conocerá por la solicitud de la correspondiente baja por maternidad.

²⁴ Vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales...* op.cit. p. 68.

²⁵ Se puede consultar para un tratamiento en profundidad de este tema en, BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural...* op. cit, pp. 58-66. También en referencia a la reforma, ver nota 33.

²⁶ Vid. ALONSO LIGERO, M.D.: “Lactancia y guarda legal”, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Madrid, 1982; DILLA CATALÁ, M.J.: “El derecho a la licencia retribuida por lactancia”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1989, p. 212, y ORTIZ LALLANA, C.: “Protección social comunitaria de la maternidad”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1991, pp. 385-389.

²⁷ Desde la perspectiva de la protección del art 26.3 LPRL, el bien jurídico protegido es la salud de la madre y del lactante. Sin embargo, el sujeto protegido desde la proyección del art. 37.4 ET, es el recién nacido -al concederse a los padres un tiempo de ausencia del trabajo para atender al recién nacido-. Adviértase que en el supuesto hipotético de poder proteger incluso la “lactancia artificial”, que no contempla la ley, también se protegería al padre trabajador, ya que el bien jurídico tutelado no sería la salud del lactante por medio de la madre. Sobre este tema ver en LÓPEZ AHUMADA, J.E...op.cit. p. 69.

necesarias, en virtud de la solicitud por parte de la trabajadora del permiso por lactancia. Como es lógico, dicha protección por parte del empresario es obligatoria, independientemente de que la trabajadora haga uso o no de la licencia.

III. RÉGIMEN JURÍDICO

1. NORMATIVA INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA

En el *ámbito internacional*, haremos referencia a tres instrumentos jurídicos de especial relevancia en la protección sobre la maternidad:

- Convenio n° 103 de la OIT, sobre la protección de la maternidad, de 1952, que se orienta a garantizar el derecho a interrumpir el trabajo de la mujer en situación de maternidad o de lactancia de hijos²⁸.
- Recomendación n° 95, sobre la protección de la maternidad, de 1952²⁹.
- Convenio n° 183 OIT, relativo a la revisión del convenio sobre la protección de la maternidad, en 2000³⁰.

En el *ámbito de la Unión Europea*, destacamos los siguientes instrumentos normativos:

- Directiva 89/391/CE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo³¹ -Directiva Marco-.
- Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre de 1992, de protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia³².
- Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, 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 trabajo³³.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008 por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia³⁴.

²⁸ Se aprecia un cambio en los fundamentos y principios jurídicos informadores de la normativa, pasando de unas normas prohibitivas de la actividad laboral en determinadas actividades -normativa paternalista-a unas normas orientadas a la protección de los riesgos de las situaciones de embarazo, maternidad y lactancia -normativa preventiva-.

²⁹ En esta norma se incluye un capítulo dedicado a la protección de la salud de las mujeres durante el período de la maternidad y se orienta en concreto a la protección de la salud de las mujeres embarazadas o lactantes, mediante medidas de carácter preventivo.

³⁰ En su art. 3 se establecen las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad nacional como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.

³¹ De ella se desprenden dos principios básicos en materia de prevención de riesgos laborales: la necesidad de adaptación del trabajo a la persona -art. 6.2- y la obligación del empresario de dispensar una protección específica a los/as trabajadores/as de grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles -art. 15 Directiva 89/391/CE -.

³² Esta Directiva parte de la base de que las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz, o en período de lactancia, deben considerarse un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles, y que se deben tomar medidas por parte del empresario relativas a su salud y seguridad. La tutela por tanto abarca la maternidad en sentido amplio de la mujer, y se extiende también a otros sujetos como el feto -en el período de embarazo- o el lactante -en el período posparto-. Estamos ante una normativa de protección integral, que contempla la perspectiva preventiva, de tutela contractual y social.

³³ Modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976.

³⁴ Respecto a la Directiva 92/85/CEE, se modifican determinados aspectos relacionados con la protección de la maternidad. Destacamos entre otros: art. 2 -definiciones-; art. 8 -permiso de maternidad-; art.10 -prohibición de despido- y art. 11 -derechos inherentes al contrato de trabajo-.

2. DERECHO ESPAÑOL

Las normas más significativas y su articulado en referencia a la protección sobre la maternidad en el Ordenamiento jurídico español serían las siguientes:

- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales³⁵.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores³⁶.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social³⁷.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público³⁸.

3. DERECHO COMPARADO DE PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

La forma de llevar a cabo la preceptiva transposición de la Directiva 92/85/CEE a los ordenamientos internos de los estados miembros de la Unión Europea ha sido diferente.

Por una parte, se ha legislado mediante la utilización de disposiciones generales, en el ámbito jurídico laboral o de empleo³⁹, para incluir la tutela de la maternidad, a grandes rasgos, o de la protección de las trabajadoras embarazadas de manera particular; y por otra, mediante disposiciones internas que dispensan dicha protección de una manera específica⁴⁰.

Al objeto de poder abordar un estudio de las legislaciones de países de nuestro entorno⁴¹, realizaremos previamente una selección de los mismos, con el fin de poder contrastar los dos procedimientos legislativos descritos con anterioridad.

Respecto al primer grupo, en el que se regula la maternidad a grandes rasgos, o de la protección de las trabajadoras embarazadas de manera particular, estudiaremos los ordenamientos de Reino Unido y Francia.

Reino Unido:

-Employment Act, 2002 -Chapter 22- [Ley de Empleo de 2002, de 8 de julio]⁴²

³⁵ Art. 3 LPRL -actividades incluidas en el ámbito de aplicación y excluidas-. Art. 22 LPRL -reconocimientos médicos-. Art. 29 LPRL -obligación del trabajador de informar al empresario, interpretado por la jurisprudencia que en el caso de los estados de embarazo y lactancia, aclara que la trabajadora no tiene la obligación de informar-. Art. 25.2 LPRL -trabajadores especialmente sensibles- y 26 LPRL -maternidad- en relación al art. 15.1 LPRL -obligaciones del empresario: evaluación de riesgos-. Su fundamento en el art. 15 Directiva 89/391/CE -trabajadores especialmente sensibles- y art. 6.2 Directiva 89/391/CE -obligaciones del empresario: evaluación de riesgos-.

³⁶ Arts. 48.5 ET -suspensión de contrato-. Art. 52.4 ET -extinción del contrato por causas objetivas, hasta este momento ha incluido únicamente las ausencias por riesgos durante el embarazo-. Arts. 53.4 y 55.5 ET -tutela frente al despido-. Arts. 45 d); 48.4; 48.5; 53 y 56 ET -garantía de estabilidad en el empleo mediante el reconocimiento del derecho a suspensión del contrato, conservación de derechos y tutela frente al despido-.

³⁷ Arts. 134 y 135 LGSS -incorporación de prestaciones económicas específicas-. Art. 135 bis y ter LGSS -suspensión por riesgo durante la lactancia, tomando como referencia la suspensión por riesgo durante el embarazo-. También en todo este articulado se contempla los diferentes supuestos como contingencias autónomas protegidas por la Seguridad Social. DA 8ª, 4, de la LGSS -trabajadoras autónomas-.

³⁸ Art. 51 EBEP -remite régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral-. También el art. 3.1 LPRL -incluye a los funcionarios públicos en el ámbito de aplicación de la LPRL-. Art. 40 LGSS -riesgo durante el embarazo- y art. 49 -riesgo durante la lactancia-.

³⁹ De la misma forma que se ha llevado a cabo en España, incluyendo la tutela de la maternidad, a grandes rasgos, o de la protección de las trabajadoras embarazadas, de manera particular

⁴⁰ Aprobando leyes propias e independientes de la legislación laboral básica.

⁴¹ En la realización de este estudio, se han consultado entre otras: la base de datos NATLEX de la Organización Internacional del Trabajo y el Observatorio Socio laboral del Ministerio de Trabajo e Inmigración. También se ha recopilado información de NAVARRO NIETO, F. Y VAQUERO ABELLÁN, M.: *Políticas de tutela frente a los riesgos en supuestos de embarazo y lactancia*, Sevilla, Instituto Andaluz de Riesgos Laborales, 2012, pp. 21-32.

⁴² El Capítulo 22, está dedicado íntegramente a la maternidad. Se consolidan los derechos reconocidos a la mujer trabajadora por la Ley de Derechos en el Trabajo de 1996, modificando los arts. 71 y ss. y la Ley de Relaciones Laborales de 1999. Se (...)

-Labour Code, 2010 -art. 145- [Código de Trabajo, de 27 de mayo de 2010, Virgin Islands]⁴³

-Protection of Pregnant Workers Regulations, 1996 [Reglamento de protección de las trabajadoras embarazadas 1996-LN N ° 12 de 1996, Gibraltar]⁴⁴

-Employment (Maternity and Health and Safety) Regulations 1996 [Empleo (la maternidad y de salud y seguridad) de 1996-LN N ° 14 de 1996, Gibraltar]⁴⁵

Francia:

-Code du travail -Dernière modification: 22 novembre 2011-[Código de Trabajo -IV Parte: Libros I a VII -Arts. L4111-1 a L4745-1), relativos a la Salud y Seguridad Laboral]⁴⁶

-Ordonnance n° 2001-173 du 22 février 2001 relative à la transposition de la directive 92/85/CE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail [Orden núm. 173/2001, de 22 de febrero, sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CE de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo dado a luz o en período de lactancia]⁴⁷

-Décret n° 96-364 du 30 avril 1996 relatif à la protection des travailleuses enceintes ou allaitant contre les risques résultant de leur exposition à des agents chimiques, biologiques et physiques et modifi ant notamment le Code du travail -deuxième partie: Décrets en Conseil d'Etat-. [Decreto núm. 364/1996, de 30 de abril, sobre la protección de las mujeres embarazadas o en lactancia contra los riesgos derivados de la exposición a agentes químicos, biológicos y físicos, incluyendo la modificación del Código del Trabajo -Segunda parte: Decretos del Consejo de Estado-]⁴⁸

El segundo grupo, estará integrado por los países que tutelan la maternidad, mediante disposiciones internas que dispensan dicha protección de una manera específica. Estudiaremos los ordenamientos de Alemania, Grecia, Irlanda e Italia.

Alemania:

amplían los derechos reconocidos durante y después de la maternidad, concretamente, en lo concerniente a permisos y prestaciones.

⁴³ Establece que el empleador deberá, previa notificación de que la empleada está embarazada y previo certificado médico, adaptar las condiciones de trabajo de la trabajadora, asegurándose que no está expuesta a riesgos perjudiciales para su salud o la de su hijo. Asimismo, se dispensa la protección de la trabajadora lactante, sin que se le pueda exigir la realización de trabajos peligrosos. También contempla la posibilidad del cambio a un puesto más adecuado, siempre que sea posible y que no conlleve para el empresario costes mayores que los gastos administrativos ordinarios.

⁴⁴ Los empresarios deberán evaluar los riesgos para la salud de las trabajadoras embarazadas o que o las mujeres en edad fértil de las tareas que son potencialmente dañinas. Si el riesgo está presente, los empleadores podrán alterar las tareas de los empleados o suspender al empleado el tiempo necesario para evitar el riesgo. Los empleados tienen el derecho a ser ofrecido un trabajo alternativo si está disponible.

⁴⁵ Durante el permiso de maternidad, la trabajadora tendrá derecho a una remuneración en la tarifa de la prestación por accidente -excluyendo subsidio por familiares a cargo-. El permiso de maternidad dura catorce semanas. Si un trabajador es despedido, durante la licencia por maternidad, el permiso de maternidad termina en el momento de su despido. La trabajadora no está autorizada a trabajar por un período de dos semanas después del parto. La trabajadora que ha estado en servicio regular para un empleador por un año al comienzo de la undécima semana antes del parto esperado tiene el derecho de volver a trabajar.

⁴⁶ El Código laboral francés contiene una extensa regulación en materia de salud y seguridad laboral, definiendo los principios generales en materia de prevención, información y formación de los trabajadores y estableciendo disposiciones especiales para ciertas categorías de trabajadores con mención expresa a las mujeres trabajadoras. Por ejemplo, se refuerza la vigilancia médica de las mujeres embarazadas; se exige, en la realización de la evaluación de riesgos, tener en cuenta cualquier impacto en la salud y la seguridad de los trabajadores especialmente vulnerables a este riesgo, incluyendo mujeres embarazadas; o se contempla, para reducir la exposición a agentes biológicos nocivos, la "aplicación de medidas, durante el parto, la manipulación y el transporte sin riesgo de agentes patógenos biológicos".

⁴⁷ Inserta en el Código de Trabajo, una nueva sección que especifica los casos en que el empresario debe ofrecer medidas de adaptación a las trabajadoras embarazadas o que se encuentren amamantando. Incluye en el Código de la Seguridad Social, un nuevo capítulo en relación con las indemnizaciones pagadas a las mujeres embarazadas exentas de trabajo.

⁴⁸ Modifica el Código de Trabajo en relación a la tutela de las trabajadoras embarazadas y en situación de lactancia frente a la exposición a agentes químicos, biológicos y físicos a los que se puedan exponer en la realización de la prestación laboral.

-Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter -Mutterschutzgesetz-MuSchG-. [Ley 43/2002, de 14 de noviembre, sobre Protección de la maternidad]⁴⁹

-Verordnung zur Umsetzung der EU-MutterschutzRichtlinie zu ergänzen. [Ordenanza para complementar la implementación de la Directriz de la UE sobre protección de la maternidad, 1997]⁵⁰

-Überarbeitung der Mutterschutz-Verordnung. [Revisión de la Ordenanza de protección de la maternidad, 1997]⁵¹

Grecia:

-Décret présidentiel n° 41 du 17 février 2003 modifiant le décret présidentiel n° 176 de 1997 sur les mesures d'amélioration de la sécurité et de la santé des femmes enceintes, accouchées ou allaitantes pendant le travail, conformément à la directive européenne n° 92/85/CEE. [Decreto Presidencial 41/2003, de 17 de febrero, sobre medidas para mejorar la seguridad y la salud de las mujeres embarazadas dado a luz o durante el parto, de acuerdo con la Directiva Europea N° 92/85/CEE]

-Décret présidentiel no 176 du 2 juillet 1997 concernant les mesures d'amélioration de la sécurité et de la santé au travail des femmes enceintes, accouchées ou allaitantes, conformément à la directive européenne no 92/85/CEE. [Decreto Presidencial 176/1997, de 2 de julio, sobre medidas para mejorar la seguridad y salud en el trabajo de las mujeres embarazadas, el parto o la lactancia, de acuerdo con la Directiva Europea 92/85/CEE]⁵²

Irlanda:

-Maternity Protection Act, 1994. [Ley 34/1994, de Protección por Maternidad]⁵³

-Maternity Protection -Health and Safety Leave Certification- Regulations, 1995 -S.I. No. 19 of 1995-[Ley Protección de la maternidad -Certificación de Seguridad y Salud, 1995]⁵⁴

⁴⁹ Establece disposiciones especiales en materia de protección, la licencia, el despido de los trabajadores y las trabajadoras a domicilio durante la maternidad. Protege a las trabajadoras y a sus hijos de los efectos perjudiciales que puedan resultar de su puesto de trabajo, previo certificado médico. Especifica los trabajos prohibidos para las mujeres embarazadas por ser nocivos, de carga, etc. Impone la obligación de la trabajadora embarazada de comunicar al empresario su estado, tan pronto como lo conozca. Protege a las madres del despido y de la pérdida de ingresos.

⁵⁰ Requiere que la obligación de los empresarios de evaluar el riesgo de las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia, en relación a las tareas que implican la utilización de sustancias tóxicas, físicas peligrosas, o de sustancias biológicas. Si el trabajo representa un riesgo para la trabajadora o para el feto, el empleador está obligado a cambiar la naturaleza del trabajo de la empleada. También enumera los tipos de trabajo que deberán ser rotundamente prohibidos para las mujeres embarazadas o lactantes, incluyendo tareas relacionadas con el plomo, el mercurio, o de alta presión atmosférica.

⁵¹ Prohíbe que la embarazada siga prestando el servicio público si el trabajo supone poner en peligro su salud o la del feto. En cualquier caso, la trabajadora -funcionaria- deberá dejar de trabajar seis semanas antes del parto, a menos que ella exprese el deseo de seguir trabajando. Igualmente, prohíbe el trabajo nocturno y los trabajos que impliquen levantar objetos pesados, ciertos aparatos, y largos períodos de pie para las trabajadoras embarazadas y lactantes. Prohíbe el despido durante el embarazo y cuatro meses después del nacimiento.

⁵² Leyes de transposición de la Directiva Comunitaria 92/85/CEE sobre condiciones de la mujer trabajadora durante el período de maternidad. Destacan las siguientes garantías: 1. El empleador debe de hacer una estimación (evaluación) de los peligros a que pudieran estar expuestas las trabajadoras durante el embarazo, el puerperio y la lactancia; 2. Cuando los riesgos sean excesivos para las condiciones de salud de la mujer trabajadora, ésta no estará obligada a desempeñar la actividad laboral, pudiendo obtener un cambio de puesto o una sustitución en el trabajo. Tal protección se dispensa tanto para los contratos temporales como para los de tiempo indeterminado; 3. Durante todo el tiempo del embarazo y hasta un año después de la fecha de parto, las mujeres que realizan trabajo en turno de noche serán trasladadas al horario diurno y, si ello no resultara posible, serán sustituidas; 4. Las trabajadoras embarazadas tienen derecho a interrumpir el trabajo, sin disminución de la retribución, para someterse a los reconocimientos médicos que deban realizarse durante la jornada laboral.

⁵³ Define y regula el permiso por maternidad y derechos asociados como los permisos para citas médicas antes y después del parto.

⁵⁴ Determina la forma del certificado expedido por los empresarios a las trabajadoras que están embarazadas, han dado a luz recientemente o que están en situación de lactancia materna, para la concesión de permisos por motivos de salud y seguridad.

-Safety, Health and Welfare at Work -Pregnant Employees etc.- Regulations, 2000 –S.I. N.º. 218 of 200-. [Reglamento sobre Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo -trabajadoras embarazadas, etc., 2000]⁵⁵

Italia:

-Loi n.º 1204 sur la protection des travailleuses mères. Gazzetta Uffi ciale, 1972-0118. [Ley1204/71, de 30 de diciembre, sobre la protección de las madres que trabajan]⁵⁶

-Decreto Legislativo n.º 151 del 26 marzo 2001, relativa al testo unico delle leggi in materia di tutela e di assistenza alla maternità e paternità, a norma dell'articolo 15 della legge n.º 53 del 8 marzo 2000. [Decreto Legislativo n.º 151/2001, de 26 de marzo, sobre el texto refundido de las leyes respecto de la tutela y asistencia a la maternidad y la paternidad en virtud del artículo 15 de la Ley 53/2000, de 8 de marzo]⁵⁷

IV. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO: MEDIDAS PREVENTIVAS Y DE PROTECCIÓN ADECUADAS

1. EVALUACIÓN DE RIESGOS

Si la protección de la salud es un derecho social fundamental de carácter primario reconocido a nivel mundial⁵⁸, la evaluación de riesgos se erige como un instrumento indispensable para poder proteger de forma eficaz la salud de los trabajadores en el desarrollo de su trabajo.

En el art. 3.1 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención -en adelante, RSP-, se define la evaluación de los riesgos laborales, como “el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse”.

Ahora bien, debemos distinguir⁵⁹ en este proceso de protección de la maternidad en el desarrollo de la actividad laboral, la evaluación general -o inicial- respecto de otras sucesivas -o singulares-. El empresario, a la hora de realizar las diferentes evaluaciones de riesgos, deberá tener en cuenta en la valoración, aquellos riesgos inherentes al puesto de trabajo que pueda ser ocupado por una mujer y que implique desarrollar actividades susceptibles de generar riesgos laborales que pongan en peligro la seguridad y salud de la madre, el feto o su hijo lactante.

En la evaluación general de los riesgos, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16 y 26 LPRL; arts. 4.1, b; 7, c y 37.3.g RSP y art. 4 Directiva 92/85/CEE, el empresario deberá identificar

⁵⁵ Revoca y sustituye al Reglamento de seguridad, salud y bienestar en el trabajo -las empleadas embarazadas, etc-, de 1994 a fin de garantizar la plena incorporación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo. Regula las obligaciones generales del empresario, el trabajo nocturno, la información, y se establece una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo.

⁵⁶ Recoge determinadas normas que protegen a las trabajadoras desde el inicio de la gestación hasta el final del período de baja por maternidad. Entre otras: prohibición de despido, prohibición de utilizar a las mujeres embarazadas en determinadas tareas. Asimismo, incluye otras disposiciones en materia de vigilancia y responsabilidades.

⁵⁷ No obstante lo dispuesto en el artículo 7, apartados 1 y 2, el empleador, y en los efectos de la evaluación mencionada en el artículo 4, apartado 1, del Decreto Legislativo 19 de septiembre 1994, no 626, según enmendada, evaluar los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, en particular los riesgos de exposición a los procesos físicos, químicos o biológicos o las condiciones de trabajo en el anexo C, de acuerdo con las directrices elaboradas por la Comisión de la Unión Europea, la identificación de medidas para prevenir y protegerse a sí mismo.

⁵⁸ El profesor Monereo Pérez, sostiene que: “Es innegable que la protección de la salud (...) constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo. Es un derecho social fundamental de carácter primario vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona (...) De este modo se sitúa a la persona en el centro de su atención.”, MONEREO PÉREZ, J.L., “La salud como derecho humano fundamental”, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, núm. 9, 2014, p. 54.

⁵⁹ El fundamento jurídico de esta distinción y la necesidad de realizar una evaluación inicial como otras de carácter sucesivo se encuentra en el art. 16 LPRL y 4 RSP -en relación a la en el art. 9.1 Directiva 89/391/CEE-.

los factores de riesgos que debido a la exposición de la trabajadora a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan afectar a la salud de la trabajadora embarazada y a la del feto, recién nacido o lactante. También se procederá a determinar la naturaleza de dichos riesgos, así como la intensidad y duración de la exposición de la trabajadora a los mismos. Finalizadas estas actuaciones, se deberá proceder a establecer aquellas medidas preventivas procedentes que permitan eliminar o reducir al máximo dichos riesgos.

Respecto a la evaluación específica o singular de riesgos⁶⁰, es preciso destacar que conocida por el empresario la situación de embarazo, puerperio o lactancia de la trabajadora -ver supra lo que se ha expuesto sobre la no obligatoriedad de la comunicación de estas situaciones por parte de la trabajadora al empresario-, éste deberá valorar los riesgos específicos para la trabajadora desde el punto de vista individual⁶¹, es decir que se tendrá que tener en cuenta las circunstancias especiales que concurran en una trabajadora y que puedan incidir en los estados indicados. Finalmente, se deberán adoptar las medidas preventivas⁶² intentando evitar o reducir las exposiciones de la trabajadora a aquellas situaciones que representen un riesgo para su salud o la del feto o lactante.

Especial atención merece el análisis de los instrumentos de evaluación. La Directiva 92/85/CEE, ha diseñado dos guías para la evaluación de riesgos específicos respecto de la mujer embarazada, posparto o lactancia. También, se han elaborado dos listas no exhaustivas de agentes, procedimientos y condiciones recogidas en los Anexos I y II de la Directiva⁶³.

En nuestro derecho interno se han llevado a cabo diversas actuaciones. Por una parte, se han introducido⁶⁴ en el RSP los Anexos VII y VIII, que contienen una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural. También, con el fin de aportar instrumentos de orientación y ayuda para llevar a cabo estas evaluaciones de riesgos, se han elaborado una serie de guías⁶⁵ y notas técnicas de prevención⁶⁶ por parte del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

2. MEDIDAS

Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las

⁶⁰ En la STC 161/04, de 4 de octubre (RTC 2004,161), se ha señalado el carácter obligatorio de la evaluación de riesgos singular y no es aceptable la adopción de cualquier tipo de medida por parte del empresario, sin contar con los resultados previos derivados de la evaluación de riesgos individual.

⁶¹ Nos referimos a que se deberá tener en cuenta en la evaluación singular, la situación concreta de la trabajadora, y sus antecedentes, como enfermedades o problemas surgidos en otros embarazos. Vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales...* op.cit. p. 71.

⁶² Sobre este asunto se ha pronunciado el TS, señalando la necesidad de realizar una correcta y sucesiva evaluación de los riesgos específicos como requisito previo e indispensable para adoptar las medidas preventivas. Vid. STS (Sala IV), de 1 de octubre de 2012 (Rec 2373, 2011); STS (Sala IV), de 28 de octubre de 2014 (Rec 2542, 2013) y STS (Sala IV), de 7 de abril de 2014 (Rec 1724, 2013). En la práctica, la correcta evaluación de los riesgos del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada o lactante se ha convertido en un requisito casi ineludible para el acceso a las respectivas prestaciones por riesgo. Sobre este asunto, Vid. BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural...* op. cit, p. 70.

⁶³ Se detecta una mayor desprotección y falta de atención hacia la trabajadora en parto reciente.

⁶⁴ Dichas reformas se introducen mediante el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Los títulos de los Anexos son: "Lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural" y "Lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural".

⁶⁵ Por ejemplo las "Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo" y las "Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y de la IT durante el embarazo".

⁶⁶ Una relación no exhaustiva de buenas prácticas se incluyen en las siguientes NTP: 413; 414; 542; 664; 740; 785; 914; 915; 992; 993; etc.

condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada -art. 26.1 LPRL-. La relación de medidas son las siguientes:

A) Adaptación de las condiciones de trabajo

Para aproximarnos al concepto de condiciones de trabajo⁶⁷ desde el punto de vista preventivo, deberemos acudir al apartado 7º del art. 4 LPRL. El citado precepto establece lo siguiente: “Se entenderá como «condición de trabajo» cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Quedan específicamente incluidas en esta definición:

- a) Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo.
- b) La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.
- c) Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados.
- d) Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador”.

La finalidad de la adaptación de las condiciones de trabajo es eliminar o reducir los riesgos laborales para la trabajadora cuando estas condiciones influyan negativamente en su estado de salud. Se trata de una medida necesaria y conveniente que en muchos casos supone un cambio organizativo pero sin ocasionar en la mayoría de los supuestos un gran coste para la empresa⁶⁸.

Una primera aproximación a las condiciones de trabajo estaría centrada en la necesidad de tener adaptados los locales de trabajo a las situaciones relacionadas con la maternidad. Hay que tener presente que en determinadas ocasiones, las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia tienen la necesidad de realizar descansos tumbadas y en unas condiciones adecuadas especiales y diferentes al resto de trabajadores⁶⁹. En esta misma línea, también la trabajadora lactante debería tener disponible una sala privada y limpia para amamantar o extraerse la leche, así como frigoríficos seguros y limpios para almacenarla, e instalaciones para esterilizar, lavar y almacenar los recipientes, sin olvidar el indispensable tiempo libre para la realización de estas tareas sin reducción de su remuneración⁷⁰. Estas condiciones se recogen en la NTP 664, sobre lactancia materna y vuelta al trabajo.

En referencia a las medidas preventivas⁷¹ sobre la reordenación del tiempo de trabajo⁷² y descanso, la protección consistiría en establecer un ritmo de trabajo distinto al ordinario y habitual.

⁶⁷ Es necesario precisar que el concepto de condiciones de trabajo en el ámbito de la prevención de riesgos laborales es distinta a la noción de condiciones laborales propia del Derecho del Trabajo que se refiere al salario, horario, clasificación profesional, organización, etc.

⁶⁸ Vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales...* op.cit. p. 76.

⁶⁹ Se trata de medidas de tipo ergonómico. Otras que podríamos añadir, dentro de la especialidad de seguridad y salud, sería la de proveer un fácil acceso a los sanitarios -que no siempre es posible en los lugares de trabajo-. La regulación comunitaria sobre estos aspectos, se encuentra en los arts. 12 y 17; Anexos I y II de la Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre, que regula el lugar de trabajo y las condiciones de seguridad y salud en los lugares de trabajo. En la normativa española, en el apartado 3.4 del Anexo V del RD 486/1997, 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, que establece que “(...) las trabajadoras embarazadas y madres lactantes deberán tener la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas” -recorramos en este aspecto (nota 64) las reformas que se introducen mediante el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁷⁰ Esta línea argumental es la que se recoge en la STSJ (Sala de los Social) de Madrid, de 28 de marzo de 2014 (Rec. 1775, 2014).

⁷¹ En estos casos, las medidas recomendables sería por ejemplo: evitar prolongaciones de la jornada ordinaria de trabajo, evitar también las horas extraordinarias, o la aplicación de bolsas de horas, o el régimen de puesta a disposición, así como

(...)

Debido al nuevo estado de la trabajadora, asumir el régimen de la jornada habitual podría provocar un accidente de trabajo -por generar una fatiga adicional- o bien, contraer una enfermedad profesional -debido a una exposición a determinados agentes-.

Otra medida de adaptación sería la relativa a la posibilidad de realizar ajustes en el horario de trabajo limitando la franja de horario de trabajo en régimen de nocturnidad o ajustando el horario de los turnos de trabajo⁷³.

Una atención especial requiere el debate que se suscita en torno a la posible nocividad del trabajo nocturno. Es decir, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿la nocturnidad por si sola supone un riesgo específico para la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia? Sin duda, la respuesta no es sencilla. Una mirada al Derecho Internacional y al de la Unión Europea, nos desvela que siempre ha existido por parte de estos Ordenamientos una inclinación clara hacia la consideración de nocividad que lleva aparejado el trabajo nocturno tanto para el embarazo como para la lactancia. Estas son las tesis que se reflejan en diversos instrumentos jurídicos emanados de la OIT⁷⁴ y de la UE⁷⁵, aunque las consecuencias que se desprenden de sus textos jurídicos -la prohibición o no de estos trabajos- son distintas en cada caso. Concretamente, la Directiva 92/85/CEE, a diferencia de las Recomendaciones 95 y 191 OIT, no prohíbe el trabajo nocturno por la embarazada o en periodo consecutivo al parto, sino que la formula en términos de derecho de la mujer⁷⁶, pudiendo los Ordenamientos jurídicos internos exigir para ello un certificado médico que acredite la necesidad de que la trabajadora no deba realizar el trabajo nocturno. Nuestro art. 26.1 LPRL, no exige el certificado médico que hace referencia la Directiva 92/85/CEE, sin embargo parece remitirlo a la evaluación de riesgos⁷⁷.

Otro aspecto importante a analizar, estaría focalizado en los efectos que pudieran tener los cambios en las condiciones de trabajo respecto a la disminución de las retribuciones de la trabajadora⁷⁸. Es decir, la influencia de la medida preventiva en la disminución del salario o más

otras medidas de flexibilización del tiempo de trabajo pactados en acuerdos individuales o colectivos. Vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales...* op.cit. pp. 77 y ss.

⁷² Es conveniente destacar la interpretación que hace el Tribunal Supremo hace respecto al descanso para la extracción de leche materna en: STS (Sala IV), de 21 de junio de 2012 (Rec. 2361, 2011) y STS (Sala IV), de 24 de abril de 2012 (Rec. 818, 2011). Sostiene que la reducción de jornada por lactancia que contiene el art. 37.4 ET no puede confundirse con las medidas de adaptación del tiempo de trabajo del art. 26 LPRL, pues unas y otras obedecen a objetivos o finalidades diferentes: las medidas de protección de la trabajadora están relacionadas con la salud -art. 26 LPRL y art. 135 bis y ter LGSS-, y las pausas o reducción para la lactancia se enmarcan en los derechos de conciliación de la vida familiar -art. 37.4 ET-.

⁷³ Nos referimos evidentemente a situaciones exclusivas de adaptación horaria. No entrarían dentro de estos supuestos, aquellas situaciones en las que se produce un cambio que implica el traslado de la trabajadora a un puesto diurno -de un puesto de trabajo nocturno-, o a otro de horario ordinario -de un puesto de trabajo a turnos-; en estos casos, no se trataría de una adaptación, sino de un cambio temporal del puesto de trabajo que trataremos en otro epígrafe.

⁷⁴ Nos referimos a la Recomendación núm. 95 OIT, que en el apartado V.1 dice textualmente: “El trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidas a las mujeres embarazadas y lactantes, y sus horas de trabajo deberían estar prohibidas de suerte que puedan disfrutar de periodos adecuados de descanso”. También la Recomendación núm. 191 OIT, en el apartado VI.5, establece que: “Una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado”.

⁷⁵ Vid. Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

⁷⁶ Como se desprende del Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, el tratamiento que se hace del trabajo nocturno, pese a reconocer su carácter penoso -como se hace en las Recomendaciones de la OIT-, no se inclina definitivamente por la prohibición, ya que el TJCE en diferentes sentencias estableció como discriminatoria esta prohibición -contraria a la Directiva 76/207/CEE-. STJCE de 25 de julio de 1991, asunto C 345/89, Stoeckel; STJCE de 2 de agosto de 1993, asunto C 158/91, Levy; STJCE de 3 de febrero de 1994, asunto C 13/93, Minne.

⁷⁷ Se aprecia una clara diferencia en el tratamiento que se hace en nuestra LPRL respecto a la Directiva 92/85/CEE. Por parte de nuestro Ordenamiento interno, las exigencias son más severas -es necesario que se desprenda de la evaluación de riesgos-, mientras que la Directiva requiere simplemente un certificado médico- es decir, se reconoce desde la propia norma el carácter penoso del trabajo nocturno-.

⁷⁸ Podrían afectar a determinadas partidas o complementos salariales que están relacionados directamente con el resultado, el sistema de trabajo o el rendimiento.

concretamente en la pérdida de los complementos del mismo⁷⁹ -primas, complementos en función del volumen de trabajo, pluses en función del tiempo de trabajo, complementos de trabajar a turnos, por nocturnidad o disponibilidad horaria-.

Respecto al límite jurídico que se establece sobre los ajustes en el trabajo ordinario de la trabajadora contenido en el art. 41 ET estaría situado en la imposibilidad de crear modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En cambio, el art. 26 LPRL despliega su protección sobre el mantenimiento del “status laboral” adquirido por la trabajadora. El empresario no puede aprovechar esta situación obtener ventajas económicas derivadas del cambio practicado en las condiciones de trabajo motivado por motivos de salud de la trabajadora. Es importante destacar en este sentido que el cambio practicado en las condiciones de trabajo debe respetar la dignidad de la trabajadora y habría que realizarlo solicitando previamente su consentimiento. Lógicamente, estos cambios previstos legalmente están orientados a garantizar a la trabajadora una actividad laboral segura y saludable.

B) Cambio temporal a un puesto de trabajo compatible

La siguiente modalidad de actuación preventiva y protección de la salud de la trabajadora embarazada, feto o lactante, es el cambio temporal a un puesto de trabajo compatible. El proceso de determinación de un puesto de trabajo compatible e idóneo⁸⁰ se realizará a la luz de la evaluación de riesgos que deberá analizar todos los puestos de trabajo desde la perspectiva de los riesgos en los supuestos de embarazo, parto reciente y lactancia natural⁸¹.

De conformidad con lo estipulado en el art. 26.2 LPRL, se trata de una medida preventiva de carácter transitorio que se adopta en el caso de que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no sea posible; o bien, siendo estas medidas posibles, no aporten las suficientes garantías para evitar la repercusión negativa del trabajo en la salud de la trabajadora embarazada, el feto o lactante.

Por su parte, el art. 5.2 de la Directiva 92/85/CEE, establece que: “Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada”.

Ahora bien, la aplicación de esta modalidad de protección de la salud de la trabajadora, el feto o lactante, requiere -de conformidad con lo establecido en el art. 26.2 LPRL- del correspondiente certificado médico de los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Sin duda, la LPRL establece que el correspondiente certificado médico es el presupuesto para el nacimiento de la obligación empresarial⁸².

Llegado a este punto, sería lógico preguntarse ¿cuáles son los límites de esta obligación empresarial? Responder a esta interrogante no es tarea fácil, ya que el simple examen de la legislación que regula esta materia no nos desvela una respuesta certera y precisa. Por este motivo, creemos que

⁷⁹ De la relación que se establece entre los contenidos del art. 26.2 LPRL y los del art. 11.1 de la Directiva 92/85/CEE, se deduce la obligación de garantizar los derechos de los trabajadoras que se les ha realizado una adaptación en sus condiciones de trabajo por razones de maternidad y en especial el mantenimiento de sus retribuciones íntegras.

⁸⁰ Ex art. 26.2, párr. 1º LPRL, el empresario elaborará una lista de puestos de trabajo exentos de riesgo, previa consulta a los representantes de los trabajadores. Esta consulta no tiene carácter vinculante, es de colaboración e información sin estar vinculada a una posible corresponsabilidad o cogestión en la prevención de los riesgos laborales en la empresa.

⁸¹ Para profundizar sobre este tema Vid. BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural... op. cit.*, p. 109.

⁸² En definitiva, se trata de acreditar por el facultativo que, las condiciones de trabajo desde el punto de vista médico, pueden repercutir de forma negativa en la salud de la trabajadora, del feto o del lactante y por este motivo es necesario realizar un traslado a un puesto compatible con su estado y en el que se garantice que la protección de la salud. En este aspecto y, en relación al procedimiento de reconocimiento de esta situación, es conveniente tener presente la vinculación del art.26 LPRL con los arts. 14, 39 y 51 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regula las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

una revisión de la jurisprudencia nacional e internacional sobre este tema, nos podrá aproximar de forma más acertada a posibles soluciones que nos permitan resolver el problema planteado.

Coincidimos con las tesis⁸³ que sostienen que hay que partir de la base de que “el escalafón de medidas tutelares está en función de la protección de la salud de la trabajadora y no del interés del empresario”, así se establece en nuestra jurisprudencia interna, concretamente en la STC (Sala I) N° 161/2004, de 4 de octubre, Rec. de amparo n° 4295/2001⁸⁴.

En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 1 de julio de 2010, asunto C 194/08, Gassmayr, establece que “se procurará adoptar aquella medida, dentro de las posibles, que sea menos gravosa para la trabajadora”. Además, como se ha señalado por otra parte en la interesante STC (Sala I) N° 161/2004 -citada supra-, “El deber de adopción de tales medidas y en general el deber de protección recae sobre el empresario, sin que pueda éste desplazarse a la trabajadora ni, salvo previsión en contrario, al erario público, la exención de la movilidad funcional sólo será razonable desde la perspectiva de los límites de aquella en el art. 39.1 ET; en definitiva, las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación, y el respeto a la dignidad de la trabajadora”.

Si la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no fuera posible, o una vez que se han adaptado, estas condiciones no garantizan que el trabajo no genere riesgos para maternidad o la lactancia, la empresa tendrá necesariamente que adscribir a la trabajadora a otro puesto de trabajo o a otra actividad laboral compatible con su estado de salud. Observándose en este caso -de conformidad con lo dispuesto en el art. 26.2 LPRL-, que el puesto de trabajo debe corresponderse con otro de su mismo grupo profesional o, en ausencia de definición de sus categorías profesionales, a una categoría equivalente -movilidad interna⁸⁵-.

Cuando no haya posibilidad de ejercer la movilidad interna sobre la trabajadora, es decir, no existe un puesto de trabajo o función compatible dentro de su mismo grupo profesional o categoría equivalente, el empresario de conformidad con la regulación del art. 26.2 LPRL podrá cambiar a la trabajadora embarazada a un puesto de trabajo no correspondiente a su grupo o categoría profesional de referencia -movilidad externa-. La utilización en el art. 26.2 LPRL de la expresión “podrá”, significa que el margen de acción del empresario en el cambio de puesto, lo tendría que realizar siguiendo lo estipulado en el art. 39 ET en referencia a las reglas de la movilidad funcional⁸⁶.

⁸³ Sobre este tema Vid. BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural...op. cit.*, pp. 110 y ss.

⁸⁴ En esta sentencia, se otorga el amparo constitucional por haberse vulnerado el principio de igualdad del art. 14 CE, a una trabajadora embarazada que trabajaba como segundo piloto profesional para una empresa de Líneas aéreas y que causó baja durante el embarazo, debido a una amenaza de aborto, dándose de alta un mes después. Posteriormente a la incorporación de la trabajadora, la empresa le comunica la suspensión del contrato sin una contraprestación salarial al ser reconocida como “no apta circunstancial” por el Centro Médico de la empresa. La empresa manifiesta la imposibilidad de ofrecer un puesto de trabajo diferente debido a la inexistencia de vacante. La trabajadora consideró que la suspensión del contrato sin la contraprestación salarial correspondiente fue un acto discriminatorio debido a su estado de embarazo. El TC expresa que de los hechos probados se deduce la posibilidad de la existencia de un puesto de trabajo en tierra, adecuado al estado de gestación de la trabajadora, a pesar de que en la notificación por la que se le suspendió el contrato, la empresa manifestó lo contrario. El juzgador constitucional entiende que la suspensión del contrato por parte de la empresa carece de justificación razonable y por lo tanto es una decisión discriminatoria, vulnerando de esta forma lo establecido en la CE. Por lo tanto, el TC se pronuncia a favor de otorgar el amparo a la trabajadora por haberse vulnerado el principio de igualdad reflejado en el art. 14 CE, declarando nulo el despido declarado en la STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2000.

⁸⁵ Conviene precisar que en este caso, como se ha planteado acertadamente por algunos autores, hay que recurrir a una institución puramente laboral que permite la modificación del contrato –o mejor dicho un grado- en virtud del *ius variandi* del empleador ex art. 39 ET -que aplicado en materia preventiva, requiere de los oportunos ajustes en clave de salud laboral-. En este sentido es preciso destacar que la aplicación de la movilidad laboral no se desarrollará en sus términos ordinarios. En el ámbito laboral, las causas motivadoras del cambio del puesto de trabajo están relacionadas con “causas técnicas organizativas” establecidas en el art 39 ET, mientras que en el ámbito de la prevención de riesgos laborales del art. 26 LPRL el recurso a la movilidad funcional se realiza por motivos de protección de la salud de la trabajadora embarazada, del feto o lactante. Vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales...op.cit.* p. 80.

⁸⁶ El efecto jurídico de esta remisión está orientado a limitar la adscripción temporal a puestos de trabajo que resulten compatibles con la formación académica, desarrollo de la carrera profesional y a la dignidad de la trabajadora embarazada enunciados en los arts. 26.2 LPRL y 39.1 y 3 ET. Los cambios del puesto o función que sobrepasen el ámbito de acción (...)

Hay que tener presente en los dos supuestos anteriores que, hacen referencia a la movilidad interna y externa, la modificación es de carácter temporal y tendrá eficacia hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora sea compatible⁸⁷ con su puesto de trabajo, momento en el que se producirá la reincorporación a su puesto originario⁸⁸.

Conviene aclarar que el cambio temporal a un puesto de trabajo compatible podrá instarse a petición de la trabajadora embarazada y siempre que su pretensión cuente con el correspondiente certificado del médico de la Seguridad Social. Sin embargo, en aquellos casos en los que no exista la petición mencionada por parte de la trabajadora, el empresario podrá adoptar la decisión de cambiarla de puesto de trabajo, como un supuesto de movilidad funcional forzosa pero siempre que se trate de situaciones en las que esté presente un riesgo grave e inminente⁸⁹. No obstante, debemos aclarar que la empresa no puede recurrir directamente a la movilidad funcional alegando que la adaptación de las condiciones de trabajo que están previstas en el art. 26.1 LPRL es objetivamente inviable, ya que dicha adaptación siempre es posible y al menos deberá producirse el intento. Únicamente cuando dicha adaptación de condiciones resulte insuficiente a efectos de garantizar su salud, se podrá utilizar de forma subsidiaria.

C) Suspensión del contrato de trabajo

El último recurso que se adoptaría como medida de carácter preventivo, cuando no fuera posible la adaptación de las condiciones de trabajo ni la movilidad funcional, sería la suspensión del contrato de trabajo⁹⁰.

La finalidad de esta medida está orientada a garantizar la salud de la trabajadora, del feto o lactante en la lactancia natural, evitando que la trabajadora esté en contacto con agentes o sustancias que puedan provocar daños directamente a su salud, a la del feto o a la del lactante, o en su caso, indirectamente a través de la leche materna⁹¹.

de la movilidad funcional tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo regulados en el art. 41 ET.

⁸⁷ Especial atención merece el análisis de la STSJ (Sala de los Social) de Madrid, de 8 de julio de 2002 (AS 2002, 3761). En dicha sentencia se reconoce el derecho de una trabajadora -técnico especialista en rama sanitaria con destino en el servicio de radiología en estado de gestación de siete semanas- al cambio de puesto aún cuando los niveles de radiación a los que está expuesta no alcancen el límite máximo permitido por la norma reglamentaria. El TSJ de Madrid, considera que con ello se trata de “evitar cualquier tipo de riesgo” que pueda influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del feto -de conformidad con el art. 26 LPRL-, por lo que es evidente que si dentro del mismo departamento y centro de trabajo existe un puesto de trabajo en el que la trabajadora embarazada deja de estar expuesta a las radiaciones, aunque sea en “grado mínimo”, debe procurarse dicho cambio, máxime cuando el organismo en cuestión no da una razón objetiva, fundada en necesidades de servicios, que justifique no atender la petición de la trabajadora. Creemos muy acertada la tesis que apoyan esta interpretación de la resolución judicial referenciada supra, entendiendo que “(...) la adaptación insuficiente del supuesto de hecho, en la que el riesgo muy grave se disminuye pero persiste como potencialidad de peligro. Pero en cualquier caso, esta posición también sugiere para los supuestos más dudosos un criterio adicional que completa o se integra en el art. 26 LPRL y que deriva del art. 15 CE como derecho fundamental, de manera que, al menos podría considerarse desproporcionada y contraria tales preceptos, una actitud empresarial obstruccionista y no suficientemente justificada de denegación de la solicitud de adaptación o de cambio de puesto de trabajo a otro más idóneo para la trabajadora en cuestión”, vid. BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural...op. cit.*, p. 113.

⁸⁸ Esta situación tendrá que ser evaluada periódicamente y puede extenderse a un momento previo al parto o hasta el mismo instante del dar a luz. También se extenderá a la situación de lactancia natural.

⁸⁹ Así se contempla en el art. 21 LPRL.

⁹⁰ Regulada fundamentalmente en el art. 26, 3 y 4 LPRL; arts. 45.1. d) y 48.5 ET; 134 y 135 ter LGSS, además de tener en cuenta los efectos de la baja con maternidad.

⁹¹ De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo que se deriva de las siguientes sentencias, STS (Sala IV), de 18 de marzo de 2011 (Rec. 1863, 2010); STS (Sala IV), de 23 de enero de 2012 (Rec. 1706, 2011) y STS (Sala IV), de 28 de octubre de 2014 (Rec. 2542, 2013), “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el art. 26 de la Ley de prevención de riesgos laborales, una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo (...)”.

El efecto de la suspensión supone la interrupción de las obligaciones principales del contrato de trabajo, es decir, el pago del salario por parte de la empresa y la prestación de servicios por parte de la trabajadora, mientras la incompatibilidad de salud y trabajo persista.

De la redacción del art. 26 LPRL en sus apartados 3 y 4, el legislador ha optado por introducir en su redacción la expresión “podrá⁹²”. No obstante, ello no debe interpretarse en el sentido que la suspensión del contrato de trabajo sea un recurso facultativo para el empresario, la empresa o incluso para la trabajadora que pudiera renunciar a la misma. Por lo tanto, a pesar de contener este precepto esta expresión que induce a entender una opción, según el sentido literal, una interpretación jurídica correcta apunta hacia una medida de “carácter obligatorio” para ambas partes, siempre que concurran los presupuestos legales de referencia, es decir, que las medidas preventivas de adaptación y movilidad funcional sean imposibles de aplicar y exista a su vez, un situación objetiva de riesgo para la salud de la trabajadora, del feto o del lactante.

La suspensión se prolongará hasta la reincorporación de la trabajadora sea posible porque su estado de salud le permite la compatibilidad con el puesto de trabajo desempeñado, o bien, cuando se produzca el alumbramiento, en cuyo caso, la trabajadora pasará a la situación de suspensión del contrato por maternidad biológica⁹³.

Del mismo modo, remitirá la suspensión del riesgo en el caso de la lactancia natural, cuando el menor cumpla los nueve meses o en el momento mismo en el que la trabajadora finalice la lactancia natural a su hijo⁹⁴. También conviene matizar que la suspensión por maternidad durará hasta dieciséis semanas -dieciocho en caso de parto múltiple-, siendo las seis primeras de descanso obligatorio para la madre. Sin embargo, en situaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia, la suspensión se mantendrá durante el periodo necesario para proteger la seguridad y salud, y hasta que persista la imposibilidad de reincorporación por parte de la trabajadora⁹⁵.

Desde la acción de la Seguridad Social respecto a estas situaciones, conviene resaltar que la trabajadora se encuentra protegida a todos los efectos por la acción protectora del sistema. La trabajadora se encuentra en situación asimilada al alta, debiendo la empresa cotizar por ella y computando este periodo a los efectos de futuras prestaciones. De igual forma, la suspensión del contrato de trabajo se protege con el acceso a prestaciones económicas que suplen la carencia de renta durante estos periodos. La finalidad de esta protección consiste en mantener el mismo salario percibido durante la situación de trabajo activo, reconociéndose el derecho a percibir el cien por cien de la base reguladora, tanto en la protección de riesgo durante el embarazo⁹⁶, como en el riesgo durante la lactancia⁹⁷.

⁹² En el apartado 3º se expresa en la siguiente forma: “Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, *podrá* declararse (...)”; y en el 4º *in fine* “(...) *Podrá*, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural (...)”

⁹³ Cuya regulación se establece en el art.26.3 LPRL y arts. 45.1,d) y 48.5 ET.

⁹⁴ Regulación contemplada en los arts. 26.1 y 4 LPRL y arts. 45.1,d) y 48.5 ET.

⁹⁵ Esta imposibilidad de reincorporación se establece para el puesto de trabajo que ocupaba, pero también para cualquier otro puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora.

⁹⁶ Regulado en los arts. 134 y 135 LGSS.

⁹⁷ Regulado en los arts. 135 bis y 135 ter LGSS.

CAPÍTULO XX. LA REFORMA LABORAL BRASILEÑA DE 2017, EL MEDIO AMBIENTE LABORAL Y LA PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA: ¿AÚN SE PUEDE HABLAR EN UN DERECHO DEL TRABAJO PROTECTOR DEL MÁS DÉBIL?

FÁBIO TÚLIO BARROSO¹
GONZALO MARTÍN SALCEDO²

I. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico brasileño ha sufrido, en lo que se refiere a las relaciones laborales y al medio ambiente de trabajo, una amplia y profunda alteración. Esa alteración, que ya ocurría con la aprobación de leyes sobre temas específicos a lo largo (sobre todo en los años finales) del siglo XX e (iniciales) del XXI, sufrió un gran avance con la reforma laboral del año de 2017, con la promulgación de la Ley nº 13.467/2017. Esa Ley impactó de forma amplia y profunda la estructura de reglas jurídicas, con reflejos perjudiciales para los derechos y las condiciones laborales de los empleados. Entre esos cambios están los que se refieren a disposiciones protectoras del trabajo de la mujer, como por ejemplo la mujer embarazada, ya sean las relativas a normas de origen estatal o aun la posibilidad de disminución de esas disposiciones por ocasión de celebración de acuerdos colectivos y convenciones colectivas de trabajo entre empresas y sindicatos. Esos cambios hacen evidente la necesidad de discusión de las reformas laborales como posibles instrumentos de presión de las fuerzas económicas sobre la clase obrera y sobre los límites admisibles en las reformas normativas relativas al mundo del trabajo, así como la reflexión sobre si aún se puede hablar en la prevalencia de un Derecho del Trabajo que tiene como uno de sus objetivos la protección efectiva del más débil y la mejora de su condición social.

II. CONSIDERACIONES INICIALES

Ya hace mucho que la doctrina, o al menos una parte de ella, apunta la existencia de un continuo proceso de alteración de los esquemas de producción de riquezas, por lo menos en las naciones del occidente. Ese proceso iniciado hace siglos se presenta con un continuo y creciente dinamismo e intensidad, que coincide con el desarrollo de nuevas teorías de la ciencia de la administración y

¹ Post-Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, España. Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto, Bilbao, España. Especialista en Derecho del Trabajo por la “Universidade Católica de Pernambuco”, Brasil. Presidente Honorario y fundador de la “Academia Pernambucana de Direito do Trabalho – APDT”. Miembro del Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Miembro del Instituto dos Advogados de Pernambuco - IAP. Miembro de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social – AESSS. Profesor de la “Universidade Católica de Pernambuco” (Graduación y post-grado). Profesor de la “Faculdade de Direito do Recife”, de la “Universidade Federal de Pernambuco”. Miembro del “Grupo de Estudos Latino-americanos de Direitos Humanos – EELAS”. Abogado. E-mail: fabiotulioadv@gmail.com

² Master en Derechos Humanos por la “Universidade Federal de Pernambuco”, Brasil. Especialista en Derecho y Proceso del Trabajo por la “Escola Superior de Advocacia de la Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Pernambuco”, Brasil. Miembro de la Comisión de Derecho Laboral del “Instituto dos Advogados de Pernambuco – IAP”. Miembro del “Grupo de Estudos Latino-americanos de Direitos Humanos – EELAS”. Profesor de la “Faculdade Metropolitana de Grande Recife”. Abogado. E-mail: gonzalomsalcedo@gmail.com

nuevos modelos productivos, además del aprovechamiento de nuevas tecnologías y, en especial a partir de la mitad del siglo XX, con el uso de tecnologías y sistemas informáticos y de comunicación ya en escala planetaria.

Ese proceso de globalización económica – que no necesariamente ha llevado a una globalización de la calidad de vida y de circulación de personas – parece presentarse aliado a una globalización ideológica, marcada por un discurso de privilegio del libre mercado – con relación a las normas reguladoras y limitadoras de la acción de los agentes del poder económico – y de la necesidad de flexibilización de esas normas con el objetivo de sacar la función social de las normas de orden pública en el Derecho del Trabajo y ampliar el poder de los agentes económicos (BARROSO, 2004, pp. 37 y 38) y, así, a la postre y supuestamente, generar más riquezas, crecimiento económico, empleo y renta para todos (aunque no necesariamente sea lo que se verifica más allá del discurso).

Esos movimientos ideológicos, políticos y jurídicos se han verificado no solamente en España o, aún más, en la Unión Europea sino también –como movimiento global– en otros continentes y países, a ejemplo de Brasil.

Por medio de tales modificaciones o transformaciones estructurales del Derecho se verifica una “metamorfosis del Derecho del Trabajo”, al establecerse un elevado número de reformas, añadidas de una gradual reducción del papel de protección social, en la imposición (...) *de la máxima de la flexibilidad laboral, en distintas gradaciones y con diversas técnicas de instrumentación jurídica.* (MONEREO PÉREZ, 2017, p. 13)

Ocurre que tras la intensificación de la lucha política entre grupos políticos opuestos – que culminó con el “impeachment” de la Presidente Dilma Rouseff, en Brasil – se creó el escenario ideal para permitir el cambio de la principal norma laboral brasileña, la “Consolidação das Leis do Trabalho - CLT” (CLT, 1943).

Echas esas aclaraciones iniciales se pretende presentar una análisis del ordenamiento jurídico brasileño en lo que se refiere a la mujer y su protección. Para eso se presenta inicialmente una breve exposición de algunos aspectos³ del escenario de las relaciones sociales que llevaron a cabo la aprobación, por el Poder Legislativo brasileño, de la Ley 13.467/2017 (BRASIL, 2017a)⁴, intitulada en Brasil de reforma laboral. Eso se muestra importante para que se tenga una visión, mismo que incompleta, del proceso que culminó en la aprobación de la reforma laboral. Hecho eso se presentará un análisis de los cambios en las normas que tienen como objeto específico el trabajo de la mujer.

Para tanto se realizó una investigación cualitativa descriptiva, esencialmente bibliográfica, basada en revisión de literatura e investigación documental (MICHEL, 2015). La revisión de literatura se basa en textos jurídicos, mientras la investigación documental se limita al análisis de documentos oficiales de publicación de normas jurídicas.

El texto está dividido en dos partes. La primera presenta particularidades del proceso legislativo que culminó en la reforma laboral, o sea, la aprobación de la Ley 13.467/2017. La segunda presenta aspectos de la estructura laboral en la legislación brasileña. El análisis de esos aspectos se basa en dos cuestiones: el trabajo insalubre y la duración del trabajo. La primera cuestión es analizada a partir de las fuentes jurídicas heterónomas, mientras la segunda cuestión es objeto de reflexión a partir de lo que disponen las leyes aplicables con relación a las normas colectivas.

Es importante aclarar que la reforma laboral brasilera es muy reciente, y por esa razón la literatura sobre el tema es aún muy limitada. Por esa razón se utilizó, en la revisión de literatura, no solamente libros sino también artículos disponibles en internet.

³ Se utiliza la expresión “algunas consideraciones” por la convicción de que por más que se investigue y se escriba con relación a un determinado tema, en especial cuando es un tema con aspectos económicos, jurídicos y políticos, no será posible tratar de todos los aspectos relevantes sobre el tema, presentando-se no la verdad sino una determina e específica perspectiva con relación a los hechos a que se refiere la mirada del investigador.

⁴ Las citaciones de las referencias bibliográficas de leyes y otras normas jurídicas se van a hacer solamente una vez.

III. LA REFORMA LABORAL BRASILEÑA Y SUS PARTICULARIDADES

La reforma laboral brasilera es resultado de la aprobación de la Ley n° 13.467/2017, y diferentemente de lo que podría ser –o sea, una norma jurídica madurada tras una profunda discusión entre los diversos actores de la sociedad y con el tiempo necesario para esas discusiones– se trata de una Ley que provocó una intensa reacción de diversos sectores de la comunidad jurídica y especialmente laboral.

Lo dicho se basa en el proceso de elaboración de otra importante norma jurídica, el Código Civil del año de 2002⁵ (BRASIL, 2002a), que tuvo como objetivo alterar el Código Civil de 1916⁶ (BRASIL, 1916). El proyecto del Código Civil⁷ es del año 1975, con tramitación en el régimen ordinario (no urgente); fue objeto de análisis por la Cámara de los Diputados, después por el Senado Federal y nuevamente por la Cámara de los Diputados, incluso con amplio espacio para la presentación de sugerencias por la población y discusión en audiencias públicas (BRASIL, 2002b).

Así como el Código Civil, también el Código Procesal Civil – CPC⁸ tuvo una tramitación con el tiempo necesario para discusión amplia con la sociedad. En el año de 2009 fue creada una comisión para la elaboración de lo que vendría a ser el nuevo Código de Proceso Civil (DELLORE, 2014). Solamente en el año de 2015 fue aprobado el nuevo Código Procesal Civil (BRASIL, 2015). Es importante subrayar que esas dos normas jurídicas tuvieron un *vacatio legis* de un año a partir de su publicación.

Lo mismo no se dio con la reforma laboral, pues el Proyecto de Ley n° 6787/16 tramitó en régimen de urgencia y en poco más de seis meses fue aprobado por la Cámara de los Diputados, por el Senado Federal⁹ y nuevamente por la Cámara de los Diputados, incluso con *vacatio legis* de ciento ochenta días a partir de la fecha de su publicación (ALBUQUERQUE, 2018, p. 20), todo ello con la sanción presidencial sin vetos. (BRASIL, 2017b).

Ese proceso legislativo fue marcado por una intensa resistencia de sectores de la comunidad jurídica, en especial los que se refieren al derecho laboral, además de abogados, juristas, fiscales del trabajo y muchos otros. En ese sentido hubo un feroz debate en la prensa, las redes sociales y en los espacios de discusión (como por ejemplo sindicatos obreros y patronales, congresos jurídicos académicos etc). De un lado representantes de sectores empresariales y grandes grupos económicos, incluso de comunicación, con el discurso de la flexibilización normativa de las relaciones labores como el camino para la modernización y el crecimiento económico, de empleo y renta. De otro lado parte de los movimientos sociales, sindicatos, juristas, asociaciones relacionadas al mundo del trabajo y del derecho laboral, con la percepción de que se debería luchar pues se trataba, la reforma, de “la introducción, desfiguración y supresión de derechos básicos sociales” (ALBUQUERQUE, 2018, pp. 20-21, traducción libre).

La sanción de la reforma laboral, con ciento veinte días de *vacatio legis*, a partir de 13 de julio de 2017, causó una fuerte reacción a parte expresiva de la comunidad jurídica, pues en contra a una parte considerable de su contenido. Eso se deriva del entendimiento de que va en contra a lo determinado por el conjunto de las normas jurídicas relacionadas al trabajo, a partir de una interpretación sistemática de las normas que componen el ordenamiento jurídico. Eso porque el derecho brasileño posee un complejo conjunto de normas jurídicas, y no solamente la Ley.

El texto original del artículo 8° de la CLT establece, en la aplicación de la legislación laboral brasileña, que al analizar una cuestión el operador del derecho deberá atenerse no solamente a los artículos de la CLT, sino también a otras normas jurídicas y a los principios jurídicos. Entre esas normas están la Constitución brasileña y las normas de Derecho Internacional ratificadas por el país, como por ejemplo las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo – OIT

⁵ Ley n° 10.406/2002

⁶ Ley n° 3.071/1916

⁷ Proyecto de Ley n° 634/1975

⁸ Ley n° 13.105/2015

⁹ En el senado el proyecto de ley tuvo el n° 38/2017.

(DELGADO, 2016, p. 144-146). Dada la multiplicidad de fuentes jurídicas a disposición del intérprete se hace necesario la armonización de distintos métodos hermenéuticos para buscar la mejor comprensión del derecho y su aplicación al caso concreto, siempre en conformidad con los principios y las disposiciones humanísticas, civilizatorias y de avance social. En ese sentido, se destacan los métodos lógico-racional¹⁰, sistemático¹¹ y *finalístico*¹² (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 221-222, traducción libre).

Aún más, a lo largo de los debates durante la tramitación del proyecto de ley de la reforma laboral uno de los principales argumentos utilizados por los defensores de ese proyecto es que su aprobación implicaría, en función de contenido de la Ley, en más seguridad jurídica, lo que sería favorable a una inversión financiera más grande y como consecuencia generación de empleos. Sin embargo, además de los hechos durante la tramitación de la reforma laboral en el parlamento brasileño, lo que sucedió – y sucede – tras la aprobación de la Ley ni remotamente se puede entender como un ambiente con seguridad jurídica.

Con relación a la tramitación, además de ocurrir muy rápido en la Cámara de los Diputados, el proyecto de la reforma tuvo una tramitación tumultuada en el Senado. Ese, por su turno, parece haber dejado de cumplir con su función institucional y, en lugar de devolver el proyecto a la Cámara con los puntos que consideraba que deberían ser alterados, hizo – según informado por la prensa – un acuerdo con el Poder Ejecutivo de que se haría otra norma jurídica (llamada de Medida Provisoria – MP)¹³ alterando la Ley que sería aprobada. O sea,

En la prisa para aprobar el proyecto y mostrar fuerza política, el “Palácio do Planalto” hizo un acuerdo con el Senado para que no alterasen el texto y se pudiese votar lo más rápido posible. El arreglo fue que cualquier cambio se haga por una MP. Eso porque, si las alteraciones se dan directamente en el texto, tendría que volver a la Cámara, corriendo-se el riesgo de una tramitación más demorada además de cambios no deseados (VALOR ECONOMICO, 2017, traducción libre).

Eso es importante si se tiene en cuenta que la aprobación del proyecto se dio en el momento que el gobierno poseía un índice de aprobación de solamente 5 %. Además, encuesta realizada por el Senado Federal sobre la temática indicó que el índice de rechazo por la población a los cambios fue de más de 95 % (ALBUQUERQUE, 2018, p. 37).

Por otro lado, se debe tener en cuenta el contenido de los textos producidos por el *website* The Intercept Brasil¹⁴ durante la tramitación del proyecto.

Según artículo del 26 de abril de 2017, “lobistas de asociaciones empresariales son los verdaderos autores de una en cada tres propuestas de cambios presentadas por parlamentares en la discusión de la Reforma Laboral” (MAGALHÃES *et al*, 2017, traducción libre). El artículo denuncia que

“fueron examinados 850 emendas presentadas por 82 diputados durante la discusión del proyecto en la comisión especial de la Reforma Laboral (...) 292 (34,3 %) fueron integralmente

¹⁰ El método racional (o lógico racional) utiliza técnicas de lógica formal en la búsqueda del significado, de la coherencia y de la armonía del texto legal (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 218-219).

¹¹ El método sistemático “es el método interpretativo que se caracteriza por la búsqueda de la armonización de la norma al conjunto del sistema jurídico” (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 219).

¹² El método finalístico (o teleológico) “busca subordinar el proceso interpretativo al imperio de los fines objetivados por la norma jurídica” (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 221).

¹³ En virtud del artículo 62 de la Constitución Federal, que autoriza en su caput al presidente de la República adoptar medidas provisionales, debería la misma ser sometida a votación por el Congreso Nacional, en los plazos allí referidos, so pena de, no ocurriendo, la medida provisional perder su efectividad (MANUS, 2018, traducción libre).

¹⁴ The Intercept es un vehículo de prensa “iniciado en el 2014 por Glenn Greenwald, Laura Poitras y Jeremy Scahill con el objetivo de producir un periodismo corajoso y combativo. Creemos que el periodismo debe promocionar transparencia, responsabilizando instituciones gubernamentales y corporativas” (<https://theintercept.com/brasil/staff/>, traducción libre). Los periódicos The Guardian (Inglaterra) y Washington Post (EEUU) ganaron un premio Pulitzer por el trabajo de Glenn Greenwald y Laura Poitras en el caso de las revelaciones de Edward Snowden sobre la Agencia Nacional de Seguridad – NSA de los Estados Unidos de América (PEREDA, 2014).

redactadas en ordenadores de la Confederación Nacional del Transporte (CNT), la Confederación Nacional de las Instituciones Financieras (CNF), la Confederación Nacional de la Industria (CNI) y la Asociación Nacional del Transporte de Cargas y Logística (NTC&Logísticas)”¹⁵ (MAGALHÃES et al, 2017, traducción libre)

Según consta en el artículo 52,4 % de esas propuestas fueron, total o parcialmente, incorporadas al Proyecto de Ley, siendo presentadas por Diputados de la base del gobierno; ocurre que mitad de esos Diputados no eran miembros de esa Comisión (MAGALHÃES et al, 2017).

Otro artículo de The Intercept Brasil, refiriendo-se a un artículo de Reporter Brasil¹⁶, informa que grandes grupos de comunicación apoyaron de forma maciza la reforma, con “la conclusión es de que hay muy poco espacio – o mismo ningún – para opiniones en sentido contrario” (FILHO, 2017, traducción libre).

Además de esas cuestiones – y otras que aún se podría incluir pero que excede los límites y el alcance de este trabajo – un ambiente con más seguridad jurídica fue todo lo que no se vio tras la aprobación de la reforma laboral. Al revés, lo que se presentó fue un escenario de absoluta inseguridad jurídica, lo que talvez fuese reducido si hubiese una tramitación legislativa menos rápida y con el debate y la profundización necesaria de todos los temas involucrados, como ocurrió con la alteración del Código Procesal Civil de 1973 y del Código Civil de 1916.

La Ley n° 13.467 fue aprobada en 13.07.2017 con un *vacatio legis* de ciento veinte días, con el discurso – como se dijo antes – de una mayor seguridad jurídica y un mejor ambiente para los negocios y la generación de empleo.

No se puede dejar de subrayar hechos ocurridos en el *vacatio legis* de la reforma laboral.

El Presidente de la Cámara de los Diputados manifestó su contrariedad a la propuesta de una Medida Provisional, llamada en Brasil de Medida Provisória (MP). La MP

es un instrumento con fuerza de ley, adoptado por el presidente de la República, en casos de relevancia y urgencia. Produce efectos inmediatos, pero depende de la aprobación del Congreso Nacional para la transformación definitiva en la ley. Su plazo de vigencia es de sesenta días, prorrogables una vez por igual período. Si no se aprueba en el plazo de 45 días, contados desde su publicación, la MP bloquea la pauta de votaciones de la Casa en que se encuentre (Cámara o Senado) hasta que sea votada. En este caso, la Cámara sólo puede votar algunos tipos de proposición en sesión extraordinaria. (BRASIL, traducción libre).

La manifestación del Presidente de la Cámara de los Diputados tendría origen el temor de que una nueva análisis del proyecto de la reforma pudiese llevar a la alteración de su contenido (VALOR ECONOMICO, 2017). Además, el Ministerio del Trabajo¹⁷ instituyó una comisión de juristas, compuesta por un Ministro del Tribunal Superior del Trabajo¹⁸ – TST, Desembargadores¹⁹ y juristas renomados, con el objetivo de “reunir toda la legislación laboral y actualizarla por medio de una nueva CLT (...) la idea no es revolver la reforma laboral aprobada, pero incluir en la nueva consolidación toda la legislación especial que no está en la CLT, como las leyes que tratan del FGTS, petroleros, 13° sueldo y descanso semanal remunerado” (AGUIAR, 2017a, traducción libre). Aunque el Ministro el TST haya dicho que la discusión respecto al tema fué anterior a la reforma, es curioso que después de la aprobación de la reforma se haya puesto en marcha de forma más efectiva. Más

¹⁵ CNT, CNF, CNI y NTC&Logística son Confederaciones (sindicales) patronales.

¹⁶ Reforma trabalhista: maior parte da mídia não aborda o impacto negativo das mudanças. Disponible en: <http://reporterbrasil.org.br/2017/06/reforma-trabalhista-maior-parte-da-midia-nao-aborda-o-impacto-negativo-das-mudancas/>

¹⁷ Subordinado al Presidente de la República

¹⁸ Alexandre Agra Belmonte

¹⁹ Título dado a los profesionales (jueces, abogados y miembros del Ministério Público del Trabajo) nombrados de forma permanente para actuar en los Tribunales Regionales del Trabajo como jueces, o sea, con jerarquía superior a los Jueces del Trabajo e inferior a los Ministros del TST. Cada estado (provincia) brasilera tiene un Tribunal Regional del Trabajo, y su sede queda en la capital, a excepción del estado de São Paulo, que tiene dos – uno en la capital y otro en la ciudad de Campinas.

curioso fue la abrogación, en el día siguiente a su institución, de la respectiva *Portaria*²⁰; o sea, la Comisión fue desecha un día después de su creación (AGUIAR, 2017b).

Como si no fuera suficiente todo ello, la MP n° 808/2017 (BRASIL, 2017c) fue publicada el 14.11.2017, tres días después del inicio de la vigencia de la Ley n° 13.467, produciendo cambios en su contenido y sin discusión previa con la sociedad durante los ciento veinte días entre la publicación y el inicio de vigencia de la reforma laboral (MANUS, 2018)²¹.

Sin embargo, y como ya había dicho el Presidente del Cámara de los Diputados, la MP dejó de ser votada en el plazo legal, perdiendo su validez.²²

En la comunidad jurídica tampoco hubo tranquilidad con respecto al tema, y no hay hasta el momento, habiendo repercusiones incluso en el ámbito de la OIT. Sin embargo, en razón de los objetivos de este artículo y de los límites puestos para su elaboración, es suficiente por el momento señalar que hasta el mes de junio de 2018 había más de veinte acciones judiciales en el Supremo Tribunal Federal con el objetivo que artículos de la nueva ley fuesen declarados inconstitucionales.

IV. LA ESTRUCTURA LABORAL EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

1. EL TRABAJO Y LA LEY: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y PREVISIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE EL TRABAJO DE LA MUJER

Siendo el último país de las Américas a formalmente abolir la esclavitud, a fines del siglo XIX, se verifica en Brasil el surgimiento de las primeras normas laborales en el inicio del siglo XX, además de la adopción de compromisos jurídicos en el ámbito internacional con respecto al trabajo²³ (ADORNO JUNIOR, 2011, p. 19-21).

Como resultado de esas dinámicas, y además de una creciente actuación del Estado brasileño, en el año de 1943 fue publicada la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT, 1943, traducción libre), como una forma de sistematización de la legislación laboral del país.

Sin embargo, a lo largo del tiempo varias otras leyes fueron creadas, agregando contenido a la legislación laboral o alterando-lo. Entre las innumerables innovaciones normativas, se puede puntuar como ejemplos

(...) la Ley n° 605/1949, reguladora del descanso semanal remunerado y en días de fiesta, en un nivel más avanzado que en el texto original de 1943; la Ley n° 4.090 / 62, que instituyó el 13° salario; la Ley n° 4.214 / 63 (posteriormente revocada por la vigente Ley n° 5.889/73), que produjo la inserción, incluso con salvedades, del trabajador rural en la órbita de la CLT (extensión de la legislación laboral para el campo, en la década de 1960); la Ley n° 5.859 / 73, que fijó los primeros - aunque bastante restringidos - derechos laborales y previsionales para el empleado doméstico (...); las Leyes ns. 7.418 / 85 y 7.619 / 87, reguladoras del Vale-Transporte (29); y la Ley n° 12.506 / 2011, reguladora del preaviso proporcional (...) (DELGADO, 2013, traducción libre).

Así como hubo leyes que tuvieron como objetivo básico mejorar la condición social del trabajador por cuenta ajena, a partir de los años 1960 se verificó el surgimiento de leyes con el objetivo de dar una respuesta positiva a las presiones por la flexibilización laboral (DELGADO, 2013).

²⁰ Uno de los tipos de norma jurídica que puede ser creada por la administración pública.

²¹ Tras el fin de la vigencia de la MP la Anamatra

²² A pesar de que la MP resultó del compromiso entre el Senado y el Poder Ejecutivo, puesto que el Senado dejó de cumplir con su función institucional de rechazar o alterar el proyecto de la ley de la reforma laboral con el compromiso de que fuera puesta en marcha la MP, en lo que parece un claro compromiso del parlamento, al menos de parte de sus integrantes, con el poder económico, aunque eso signifique legislar contrariamente a derechos sociales.

²³ Hasta el año de 1943 Brasil había ratificado doce convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), habiendo denunciado siete de esas Convenciones, siendo seis de esas denuncias en función de la ratificación de Convenciones posteriores (MINTO, SCALERCIO, 2017).

En 1988 surge la actual Constitución de Brasil, estableciendo un marco normativo esencial en la búsqueda por implantar un Estado de Bien Estar Social, del que se hablará más adelante.

En lo que se refiere a la Constitución, es importante señalar algunos de sus contenidos. Se inicia con el preámbulo, que dispone que Brasil es un Estado instituido

para garantizar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, con la solución pacífica de las controversias (BRASIL, 1988, traducción libre).

Inicia con los principios fundamentales (Título I), y ya en el su artículo primero establece, entre sus principios fundamentales, los fundamentos del Estado brasileño, entre los cuales están la dignidad de la persona humana (art. 1º, III) y los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa (art. 1º, IV). Además, en el Título II (de los derechos y garantías fundamentales), determina que el trabajo, la salud y la protección de la maternidad son derechos sociales (art. 6º, *caput*).

Además, en el artículo 7º, XXII, establece que son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros tengan el objetivo de mejorar su condición social, la reducción de los riesgos inherentes al trabajo, por medio de normas de salud, higiene y seguridad (traducción libre).

También se debe tener en cuenta que el artículo 170, *caput*, determina que la valoración del trabajo humano y de la libre iniciativa es la base del orden económico, y que el orden social se basa en el primado del trabajo (art. 193).

En lo que se refiere a la previdencia social²⁴, el artículo 201, II, establece que la previdencia tiene, como uno de sus objetivos, proteger la maternidad y en especial a la mujer embarazada.

Ya la CLT posee un capítulo destinado a la protección del trabajo de la mujer (artículos 372 a 401B) y, en ese capítulo, una sección que trata exclusivamente de la protección de la maternidad (artículos 391 a 400). Varios de esos artículos fueron alterados o revocados por leyes anteriores y también por la reforma laboral, pero nos limitaremos a las alteraciones producidas por la Ley 13.467/2017.

2. EL TRABAJO DA LA MUJER Y LA REFORMA LABORAL BRASILEÑA: ASPECTOS NORMATIVOS ESPECÍFICOS

A) El trabajo insalubre y las normas laborales heterónomas

La CLT dispone en su artículo 394 que

“Por medio de un certificado médico, a la mujer embarazada se le permite romper el compromiso resultante de cualquier contrato de trabajo, siempre que éste sea perjudicial para la gestación” (traducción libre).

En 2016 la Ley 13.287 agregó el artículo 394-A, según el cual:

La empleada gestante o lactante será alejada, mientras dure la gestación y la lactancia, de cualquier actividad, operaciones o locales insalubres, debiendo ejercer sus actividades en local salubre (BRASIL, 2016, traducción libre)

La reforma laboral alteró el artículo 394-A, que pasó a tener la siguiente redacción:

Art. 394-A. Sin perjuicio de su remuneración, en la que se incluye el valor del adicional de insalubridad, la empleada deberá ser alejada de:

I - actividades consideradas insalubres en grado máximo, mientras dure la gestación;

²⁴ Según lo que dispone el artículo 194, *caput*, de la Constitución brasileña, “La seguridad social brasileña comprende un conjunto integrado de acciones de iniciativa de los Poderes Públicos y de la sociedad, destinadas a asegurar los derechos relativos a la salud, a la previdencia social y a la asistencia social.” (traducción libre)

II - actividades consideradas insalubres en grado medio o mínimo, cuando presente certificado de salud, emitido por médico de confianza de la mujer, que recomiende el alejamiento durante la gestación;

III - actividades consideradas insalubres en cualquier grado, cuando presente certificado de salud, emitido por médico de confianza de la mujer, que recomiende el alejamiento durante la lactancia. (traducción libre)

Hay que considerar que la norma laboral tiene como objetivo la máxima protección del trabajador, y en especial la trabajadora embarazada o en periodo de lactación. Lo que hace la Ley es invertir la lógica protectora y en lugar de que la empresa, que supuestamente tiene – o debería tener – todos los recursos técnicos para que el médico se la certifique, bajo su responsabilidad legal, que el trabajo realizado por la trabajadora no implica en riesgo(s) para su salud ni para la salud del bebé que va a nacer o para el que se encuentra en periodo de amamantamiento.

No por acaso los participantes de la 2ª Jornada de Derecho Material y Procesal del Trabajo²⁵, realizada en la capital federal, llegaron a la siguiente conclusión:

Enunciado 50. Trabajadora embarazada y lactante. Art. 394-A CLT.

La autorización legal permitiendo el trabajo de la mujer embarazada y lactante en el medio ambiente insalubre es inconstitucional y desconforme con el derecho convencional porque violadora de la dignidad humana, del derecho a la reducción de los riesgos inherentes al trabajo, de la protección integral al nacimiento y del niño y del derecho social de la salud. Además, el medio ambiente de trabajo saludable es derecho fundamental garantizado por la Constitución de la República. Incidencia de los artículos 1º, III; 6º 7º XXII; 196; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 y 227 de la Constitución Federal; Convenio 103 y 183 de la OIT; Artículos 25, I y II, de la DUDH (ANAMATRA, 2017b, traducción libre).

Como se ha dicho, la hermenéutica jurídica más actualizada recomienda que se considere, además de las normas que integran el ordenamiento jurídico, también los principios. Eso es esencial si se tiene en cuenta el papel ejercido por la dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico brasileño; o sea, una vez que es fundamento de la República, ninguna norma jurídica, decisión judicial o política estatal podrá ir en contra a ese principio; o sea, “la dignidad de la persona humana pasa a ser, por lo tanto, por la Constitución, fundamento de la vida en el país, principio jurídico inspirador y normativo, y además, fin, objetivo de toda la orden económica” (DELGADO, 2017, p. 41, traducción libre).

También se debe recordar que el artículo 5º de la Constitución determina la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, debiendo la inviolabilidad del derecho a la vida ser entendido como una dimensión del principio de la dignidad de la persona humana que abarca aspectos relativos a la salud (DELGADO, 2017, p. 51). Pasa que la CLT determina, en su artículo 8º, § 1º, que se aplica el derecho común como fuente subsidiaria del derecho laboral. Así, se debe recordar que el código civil determina, en su artículo 2º, que “La personalidad civil de la persona tiene inicio con el nacimiento con vida; pero la ley pone a salvo, desde la concepción, los derechos del niño por nacer” (traducción libre). No parece lógico o razonable que la empresa no pueda dispensar a su empleada si está embarazada pero se pueda exponer su salud, y la salud (e incluso la vida) de su bebé a un trabajo insalubre, aunque el trabajo se dé “con la presentación de un certificado de un médico de confianza de la mujer”.

Como dicho en otra oportunidad:

La protección al trabajo de la mujer es de orden público, pues permite aún la protección al no nacido y al niño, debiendo el orden jurídico establecer criterios máximos de protección, evitando la

²⁵ “El evento reunió en Brasilia a más de 600 participantes que enviaron y votaron más de 300 enunciados que servirán de parámetro hermenéutico para interpretación y aplicación de la Ley 13.467/17 (reforma laboral) por jueces, abogados y fiscales del Trabajo” (ANAMATRA, 2017a, traducción libre).

posibilidad de ampliación de condiciones de vulnerabilidad de la trabajadora, principalmente en momentos de mayor necesidad material e incluso de orden psicológico.

La modificación del contenido del art. 394-A fue en el sentido de admitir que la empleada gestante y lactante pueda prestar servicios en actividades insalubres, en plena desconsideración de su condición y de la protección del niño. (BARROSO, 2017, p. 253)

Es importante subrayar, además, que todas las Leyes aprobadas por el Parlamento brasileño deben ser analizadas y aceptadas, obligatoriamente, por una Comisión de Constitución y Justicia, por lo que no es demás indagar si se trata de una Comisión que evalúa solamente la conveniencia política de la aprobación de una Ley o verdaderamente la adecuación de la Ley a lo que dispone la Constitución brasileña.

Con relación a la no conformidad de la Ley de la reforma laboral a dispositivos de derecho internacional ratificados por Brasil, es importante que se recuerde que en lo que se refiere al trabajo – derecho humano – esas Convenciones tienen un carácter supra-legal, o sea, tienen una jerarquía superior a la Ley nº 13.467/2018 en el ordenamiento jurídico brasileño, estando solamente sometidas al contenido de la Constitución.

Sin embargo nada de eso parece haber sido problema para la aprobación de la reforma laboral. En verdad, no se debe olvidar el derecho del obrero de “ejercer su actividad en un lugar de trabajo que no le quita la salud y la vida, porque, como dice el dicho popular, el lugar de trabajo existe para ganarse la vida y no para enfermar o morir” (FERNANDES, 2010, p. 304, traducción libre).

Se mantiene así posición anteriormente expuesta sobre esta modificación de la legislación que nada mejora la condición social de las trabajadoras:

lo que se tiene es una violencia a la dignidad de la trabajadora, en posible perjuicio al no nacido y al niño, ciudadano brasileño, cuando el ejercicio de las actividades laborales en ambiente hostil a la trabajadora. No será el certificado médico que eludirá la prestación de servicios en local insalubre, sino la necesidad de tener un empleo y su subsistencia, en la práctica, que permitirá que la trabajadora preste servicios en tales condiciones.

Lo que se tiene es una verdadera violencia al contenido del art. 7º, XX de la Constitución, cuando se impone la "protección del mercado de trabajo de la mujer, mediante incentivos específicos, en los términos de la ley". En el caso, los incentivos son para que la mujer en situación imparable en su vida, sea inducida a trabajar en condiciones insalubres, o sea retirada de la actividad laboral con costo para el Estado, si la empresa no tiene otro lugar salubre para el desarrollo de sus propias actividades. Es decir, si tiene el incentivo a un trabajo que afronta a su condición humana, que antes de la reforma laboral y en este artículo en particular, protegía a la empleada gestante o lactante que no podía prestar servicios en ambientes insalubres. (BARROSO, 2017, p. 254)

B) Acuerdos y convenios colectivos de trabajo y la duración del trabajo: análisis de posibles implicaciones en el trabajo de la mujer

La Constitución brasileña dispone de forma muy clara que

Art. 7 Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que apunte a la mejora de su condición social: (...) XXVI - reconocimiento de las convenciones y acuerdos colectivos de trabajo; (...)

Art. 8º Es libre la asociación profesional o sindical, observado lo siguiente: (...)

III - al sindicato cabe la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de la categoría, incluso en cuestiones judiciales o administrativas; (traducción libre)

Parece evidente que el comando legal es de que se habrá de asegurar el reconocimiento de las convenciones y acuerdos colectivos, concediéndoles validez, siempre y cuando signifiquen la mejora de la condición social del trabajador y nada distinto de eso.

Sin embargo, dispone la CLT en relación a normas colectivas: “Art. 611-A. La convención colectiva y el Acuerdo Colectivo de Trabajo tienen prevalencia sobre la ley cuando, entre otros, dispongan con relación a:” (traducción libre). Entre los varios temas a que se refiere el artículo 611-A se puede destacar:

I - pacto en cuanto a la jornada de trabajo, observados los límites constitucionales;

III - intervalo intrajornada, respetando el límite mínimo de treinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

XIII - prórroga de jornada en ambientes insalubres, sin licencia previa de las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo; (traducción libre)

Con respecto a la duración del trabajo dispone la Constitución en su artículo 7º que la duración el trabajo no va a ser superior a ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales, siendo permitida la reducción de la jornada y la compensación de horarios siempre y cuando sea consecuencia de un acuerdo o convención colectiva. Y para los trabajos en turnos ininterrumpidos de relevo jornada de hasta seis horas, autorizada cantidad distinta si se basa en negociación colectiva.

O sea, una interpretación literal de la Ley y la Constitución – como quedo claro ser el interés de grandes grupos empresariales en manifestaciones relativas a la reacción de Jueces del Trabajo con respecto al contenido de la reforma, a ejemplo de la Anamatra²⁶ – haría posible el establecimiento de un jornada de trabajo de 12 horas continuas alternadas con 36 horas de reposo (muy comunes en Brasil) en actividad insalubre sin la autorización previa de las autoridades competentes, como puesto en el inciso XIII.

No parece ser por acaso que en el artículo 611-B de la CLT, al especificar los temas que no pueden ser objeto de reducción o supresión de derechos, dispone en su párrafo único que “Las reglas sobre la duración del trabajo y los intervalos no se consideran normas de salud, higiene y seguridad del trabajo para los fines de este artículo” (traducción libre).

O sea, el objetivo de la Ley parece ser el de permitir que un trabajador trabaje incluso más de doce horas sin autorización de las autoridades competentes en actividades insalubres. Y, en el caso de la mujer, tendrá que presentar un certificado médico desfavorable a ese trabajo, pues si antes la prohibición del trabajo de la mujer embarazada era la regla ahora será la excepción.

Los cambios puestos por la reforma laboral parecen ignorar datos como los relativos a accidentes de trabajo. Según el Ministerio Público del Trabajo,

“Brasil es cuarto lugar en el ranking mundial de accidentes de trabajo. Brasil es hoy el país donde cada 48 segundos ocurre un accidente de trabajo y cada 3h38 un trabajador pierde la vida por la falta de una cultura de prevención a la salud y la seguridad del trabajo (...)” (MPT, 2018, traducción libre).

la base para la crítica de reformas laborales con ese matiz pasa obligatoriamente por lo esencial: el derecho al trabajo decente, como preconizado por la OIT, lo que presupone el respeto a la dignidad de la persona del trabajador, especialmente teniendo-se en cuenta los dictámenes del derecho constitucional brasileño respecto a la dignidad de la persona humana.

Y, en el caso brasileño, una interpretación sistemática con la finalidad de hacer valer lo que dispone la Constitución (artículos 7º, XIII, XIV y XXII, 196 y 225), Convención 155 de la OIT (artículos 3º, B y E, y 5º), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC (artículo 7º, II, B y D) y el Protocolo de San Salvador, de la OEA (artículo 7º, E, G y H).

Parece innegable que los movimientos de presión de los grupos económicos y las acciones de agentes políticos que a ellos se encuentran vinculados actúan en contra, incluso, a los intereses del propio Estado; sea porque las acciones por medio de alteración normativa parecen ir en contra al ordenamiento jurídico en una perspectiva hermenéutica sistemática, sea porque al final el Estado se verá obligado a prestar asistencia y hacerse cargo de los enfermos y desvalidos victimados por un

²⁶ Asociación Nacional de Jueces de la Justicia Laboral

ambiente laboral a cada día menos digno, decente y centrado en el humano (PEREIRA, 2017, pp. 431-433), lo que seguramente tendrá implicaciones en el ámbito de la seguridad social.

Las repercusiones de la reforma laboral en el campo de la salud de la mujer y de la seguridad social son graves. La reforma laboral torno posible, con su artículo 611-A, que el encuadramiento del grado de insalubridad sea consecuencia no de una análisis técnica pero de una norma colectiva (o sea, una negociación entre el sindicato y la empresa). Eso hace posible que una actividad que antes tenía un grado máximo (con el pago de un adicional de 40 % sobre el valor del sueldo mínimo) ahora tenga un grado mínimo (con el pago de un adicional del 10 %). Eso impacta directamente la ganancia del trabajador y también la recaudación de la seguridad social, pues sobre ese valor inciden los tributos a ella destinados (MELO, 2017, p. 421).

Esas cuestiones impactan directamente en los derechos, intereses y en la dignidad no solo de las trabajadoras embarazadas sino también en sus bebés, pues los agentes agresivos del trabajo como la insalubridad – e incluso las cuestiones físicas y psicológicas relativas al exceso de trabajo – y en especial cuando ese exceso de horas de trabajo se da en actividad insalubre afectan no solo a la mujer pero posiblemente la salud también de los bebés, lo que puede tener un relevante impacto, sea de corto, medio o largo plazo, en las cuestiones relativas a la seguridad social, que podrá tener que soportar los costos derivados del “patrón predatorio de la fuerza de trabajo antes del nacimiento de los futuros trabajadores” (MELO, 2017, p. 421, traducción libre).

V. CONSIDERACIONES FINALES

El panorama presentado demuestra que las relaciones laborales en Brasil han sido, así como tras ocurrir en otros países, permanentemente marcadas por una lucha de fuerzas entre la clase obrera y la elite económica, con fuerte influencia tanto en el campo empresarial pero también en los medios de comunicación y en el campo político.

Se evidenció que el proceso político que tuvo como consecuencia la aprobación de la Ley n° 13.467/2017 fue marcado por una muy escasa discusión, y sin la profundización que se cree necesaria, sobre los diversos temas abarcados por la reforma laboral brasilera. Se comprobó que es posible llegar a tal conclusión comparando el proceso de tramitación – y consecuente discusión con la sociedad – de dos otras importantes normas de la legislación brasileña: el Código Civil de 2002 y el Código de Proceso Civil de 2015.

Como consecuencia de la ausencia de esa discusión con la sociedad, y diferentemente de lo que fue dicho por parte de los parlamentares, de sectores de la prensa y de miembros de la comunidad jurídica, fue aprobada una reforma laboral que trajo para el escenario de las relaciones laborales una fuerte inseguridad jurídica.

No es por acaso que la 2ª Jornada de Derecho Material y Procesal del Trabajo, en que participaron más de 600 jueces del trabajo, procuradores del trabajo, auditores, abogados y juristas, aprobó 125 enunciados interpretativos de la nueva norma, en los cuales se evidencian las inadecuaciones de inúmeros artículos de la reforma, incluso con normas constitucionales del trabajo y de derecho internacional del trabajo.

Entre esos enunciados, y como se presentó de forma detallada, el de número 50 que señala la existencia de violaciones de dispositivos constitucionales, convencionales y de derechos humanos en lo que se refiere al trabajo de la mujer embarazada y de la mujer lactante.

Aún más, y diferentemente del discurso de la seguridad jurídica, más de veinte procesos judiciales en el Supremo Tribunal Federal brasileño con el objetivo de discutir la inconstitucionalidad de artículos de la Ley n° 13.467/2017.

Lo que parece claro es que conceptos como dignidad de la persona humana, centralidad del hombre en la economía y las relaciones productivas, trabajo decente y otras conquistas del hombre moderno, tras siglos de violencia y sobreexplotación en el trabajo subordinado, son letra muerta para la mirada de parte aparentemente considerable de los grandes tenedores del poder económico.

Es especialmente preocupante el conjunto de alteraciones de la reforma laboral en lo que se refiere a la mujer embarazada. Se comprobó que el conjunto de alteraciones de la norma anteriormente protectora podrá llevar a una situación en que una mujer embarazada venga a trabajar más de 12 horas al día expuesta a un agente insalubre – que puede ser físico, químico o biológico – si no logra presentar un certificado médico que le asegure no trabajar en esas condiciones.

Parece que la intención de la mayoría del parlamento brasileño – y de los grupos de presión política y social de los poseedores del poder económico, sea en el parlamento, sea en los medios de comunicación, en la academia y otros espacios de discusión – fue permitir que en lugar de que se avanzase rumbo a una sociedad que protege a la mujer y su niño de forma rigurosa hacer el camino inverso, privilegiando la actividad empresarial aún si eso se da con la exposición de la mujer trabajadora a jornadas laborales extenuantes y, en el caso de la mujer embarazada, a trabajo insalubre.

En el caso del derecho brasileiro es imprescindible tener especial atención al hecho de que las obligaciones del Estado con relación a sus ciudadanos subsiste independientemente de las alteraciones perjudiciales a los trabajadores por fuerza de la Ley nº 13.467/2017. Así, las alteraciones producidas por la reforma laboral – que incluso tienen impacto en la recaudación destinada a la Seguridad Social – no quitaron las obligaciones del Estado en prestar asistencia y salud a los brasileiros y extranjeros que se encuentran bajo su tutela.

Parece no haber espacio para discusión en el sentido de que la reforma laboral brasileña, por lo menos en lo que se refiere a la mujer y en especial a la mujer embarazada, representó un retroceso social y jurídico con posibles graves consecuencias no solo en el campo del derecho laboral sino también en el ámbito de la seguridad social. Además, que la reforma laboral ha ultrapasado los límites mínimamente aceptables en lo que dice respecto no solamente a la protección de la mujer embarazada sino, en una perspectiva más amplia, a la dignidad de la persona del trabajador y al derecho a un ambiente de trabajo seguro.

Parece, al menos en el caso brasileño, que se camina para un derecho laboral que gradualmente, al revés de proteger al más débil en relación de trabajo, pasa a tratar el trabajador cada vez más como un integrante de un centro de costos de la empresa, solamente un insumo más de la estructura productiva de la empresa, un sujeto con cada vez menos derecho y fácilmente sustituible.

VI. REFERENCIAS

- ADORNO JÚNIOR, H. L. [Apontamentos sobre a história do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, no mundo e no Brasil, entre os séculos XIX e XXI]. *Universitas*. Ano 4. Nº 6. Janeiro/Junho, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/SczyFw>>. Acesso em: 06 mai. 2018.
- AGUIAR, A. [Comissão de Juristas irá editar uma nova CLT]. *Valor Econômico*. 29.09.2017a. Disponível em: <<https://goo.gl/2EoVxD>> Acesso em: xx xxx. 2017
- _____. [Ministério do Trabalho revoga criação de comissão para nova CLT]. *Valor Econômico*. 29.09.2017b. Disponível em: <<https://goo.gl/EXHp6g>> Acesso em: xx xxx. 2017
- ALBUQUERQUE, D. N. d. [A desfiguração do direito do trabalho e seus fundamentos à luz e sombras da reforma trabalhista: uma análise da Lei 13.467 e alguns de seus falsos argumentos]. COSTA, C. C. R. B.; ALBUQUERQUE, D. N. d. (Coords.) *Direito do trabalho e reforma: uma análise de alguns conteúdos materiais trazidos pela Lei 13.467/2017*. Recife: F. B. da Silva Livros, 2018. pp. 19-42.
- ANAMATRA. [Ministros exaltam importância da 2ª Jornada para a sociedade e o Judiciário]. 10.10.2017a Disponível em: <<https://goo.gl/VksE5z>> Acesso em: xx xxx. xxxx

- _____. [Enunciados aprovados na 2ª Jornada]. 19.10.2017b Disponible en: <<https://goo.gl/YcQgFb>> Acceso en: xx xxx. xxxx
- BARROSO, F. T. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado: flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho*, Curitiba: Juruá, 2004. pp. 37-38.
- _____. [Potencialização da autonomia da vontade individual na reforma trabalhista. Restrições estruturais e constitucionais]. ROCHA, C. J.; MELO, R. S. (Coords.) *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as reformas trabalhista e previdenciária*. São Paulo, LTr, 2017. pp. 244-259.
- BRASIL. Medida provisória. Câmara dos Deputados. Disponible en: <<https://goo.gl/cqmBcE>> Acceso en: 21 jul. 2018
- _____. Poder Ejecutivo. Publicado en el D.O.F.C. de 09.08.1943, p. 11937. Disponible en: <https://goo.gl/cxHjfb> Acceso en: 27 jun. 2018
- _____. Poder Ejecutivo. Publicado en el D.O.U. de 14.11.2017c. p. 1. Edición extra. Disponible en: <<https://goo.gl/iA7vV7>> Acceso en: 03 jul. 2018
- _____. Poder Legislativo. Publicado en el D.O.U. de 5.01.1916. Disponible en: <<https://goo.gl/uWiQdJ>> Acceso en: 03 jul. 2018
- _____. Poder Legislativo. Publicado en el D.O.U. 191-A de 05.10.1988, p. 1. Disponible en: <<https://goo.gl/Hwj1Q>> Acceso el: 27 jun. 2018
- _____. Poder Legislativo. 2002a. Publicado en el D.O.U. de 11.01.2002, p. 1. Disponible en: <<https://goo.gl/HWS26N>> Acceso en: 27 jun. 2018.
- _____. Poder Legislativo. 2002b. Disponible en: <<https://goo.gl/EhGUQp>> Acceso en: 23 jul. 2018
- _____. Poder Legislativo. 2015. Disponible en: <<https://goo.gl/5yYrRM>> Acceso en: 23 jul. 2018
- _____. Poder Legislativo. Publicado en el D.O.U. de 14.07.2017a. p 1. Disponible en: <<https://goo.gl/HSXFLj>> Acceso en: 07 jul. 2018
- _____. Temer sanciona reforma trabalhista sem vetos. Senado Notícias. 13.07.2017b. Disponible en: <<https://goo.gl/11TUy3>> Acceso en: 23 jul. 2018
- _____. Poder Ejecutivo. Publicado en el D.O.U. de 14.11.2017c. p. 1. Edición extra. Disponible en: <<https://goo.gl/5ugFj4>> Acceso en: 23 jul. 2018
- DELGADO, G. N. [A CLT aos 70 Anos: Rumo a um Direito do Trabalho Constitucionalizado]. 2013. *Lex Editora S.A.* Disponible en: <<https://goo.gl/JrYvnr>> Acceso en: 23 jul. 2018
- DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.
- _____. *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DELLORE, L. [5 anos de tramitação e 20 inovações]. *JOTA*. 2014. Actualizado en 22/11/2016. Disponible en: <<https://goo.gl/DWHjHf>> Acceso en: 24 jul. 2018.

II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

- FERNANDES, F. F. A. [Meio ambiente do trabalho e a dignidade do cidadão trabalhador]. PIOVESAN, F.; CARVALHO, L. P. V. (Coords.). *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 301-327.
- FILHO, J. [Reforma trabalhista reduzirá o poder do trabalhador]. *The Intercept Brasil*. 2017. Disponible em: <<https://goo.gl/5dpuMr>> Acceso em: xx xxx. 2018
- MAGALHÃES *et al.* [Lobistas de bancos, industrias e transportes estão por trás das emendas da reforma trabalhista]. *The Intercept Brasil*. 2017. Disponible en: <<https://goo.gl/42D5BV>> Acceso en: 24 jul. 2018.
- MANUS, P. P. T. [A reforma trabalhista, a Medida Provisória 808 e a segurança jurídica]. *Revista Consultor Jurídico*. 27.04.2018. Disponible en: <<https://goo.gl/tV5WsP>> Acceso em: xx xxx. 2018.
- MICHEL, M. H. *Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais: um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINEZ MINTO, T.; SCALERCIO, M. *Normas da OIT organizadas por temas*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2017.
- MPT – MINISTÉRIO PÚBLICO DEL TRABAJO. [Brasil é quarto lugar no ranking mundial de acidentes de trabalho]. 2018. Disponible en: <<https://goo.gl/Jw4vLD>> Acceso en: xx xxx. 2018
- PEREDA, C. F. O. [‘The Guardian’ e o ‘Post’ ganham o Pulitzer pelas revelações de Snowden]. *El País*. 2014. Disponible em: <<https://goo.gl/z267Fe>> Acceso en: 24 jul. 2018
- PEREIRA, R. J. M. B. [Saúde, higiene e segurança no trabalho no contexto do trabalho digno: a fragmentação do meio ambiente de trabalho operada pela reforma trabalhista]. ROCHA, C. J.; MELO, R. S. (Coords.) *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridad Social e as reformas trabalhista e previdenciária*. São Paulo, LTr, 2017. pp. 429-436.
- UOL – Universo OnLine. [Governo divulgou informação errada sobre OIT aprovar reforma trabalhista]. *Economía*. 2018. Disponible en: <<https://goo.gl/GHeQHt>> Acceso en: 07 jul. 2018
- VALOR ECONOMICO. [Governo volta a debater MP para alterar reforma trabalhista]. *Política*. 2017. Disponible em: <<https://goo.gl/Qo7evo>> Acceso en: 23 jul. 2018.

CAPÍTULO XXI. LA PERSPECTIVA DE LAS CUIDADORAS NO PROFESIONALES SOBRE LA ATENCIÓN DOMICILIARA

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ

*Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla La Mancha*

I. RESUMEN

Siempre ha parecido un acto habitual que la figura del cuidador familiar o no profesional, dedicado al cuidado de la persona dependiente¹, fuese desarrollado por la familia, y sobre todo por las mujeres (lo que por sí sólo justifica una denominación del colectivo en femenino “cuidadoras”)², que siguen siendo el principal sostén de las personas dependientes, sin embargo, la celeridad de los cambios en la sociedad y el incremento de las situaciones de dependencia, hicieron necesaria una regulación, en particular respecto a la cobertura de la Seguridad Social de los que atienden a esas personas dependientes.

Ésta práctica, fomentó por error, una idea socialmente extendida, de que cualquier mujer por el hecho de serlo, sin necesidad de un aprendizaje o formación específica, estaba capacitada y podía realizar este trabajo³. Estas tareas carecían de una reglamentación laboral que estableciera las condiciones de trabajo y que regulara derechos y deberes que habrían de presidir las relaciones entre empleadores y empleados: salario mínimo, forma de trabajo, despidos, seguridad social, etc. Como consecuencia de ello accedían a estos trabajos personas sin una formación específica y sin ninguna vocación profesional, lo que hacía que se devaluara socialmente la dignidad del personal que desempeñaba estos servicios⁴. Este tópico, por lo menos durante los años sesenta, se acercaba

¹ Considerando a la persona dependiente como aquella que presenta limitaciones para realizar una o varias actividades básicas de su vida, como vestirse, lavarse, cocinar o hacer la compra. La persona dependiente necesita de la ayuda de otra persona, sea un cuidador profesional o un familiar cuidador, para poder hacer frente a sus actividades diarias.

² La atención informal de las personas mayores en situación de dependencia se define claramente marcada por el factor género del cuidador, de manera que, como se pone de manifiesto en todos los estudios, las tareas del cuidado recaen, mayoritariamente, sobre las mujeres, representando el 84 % del universo del cuidador. CRESPO LÓPEZ, M., LÓPEZ MARTÍNEZ, J. Cuidadoras y cuidadores: el efecto del género en el cuidado no profesional de los mayores. 2008. IMSERSO, págs. 1-33.

³ SARASÚA GARCÍA, C., *Criados, nodrizas y amos. El servicio doméstico en la formación del mercado de trabajo madrileño, 1758-1868*. 1994, Siglo XXI de España Editores, S.A. pág. 124. Tenemos que considerar el paternalismo como la relación más común dentro del servicio doméstico desde finales del siglo XIX hasta la década de los sesenta. Durante este periodo eran los padres quienes confiaban a la hija al servicio de una casa y transmitían su responsabilidad paterna a los señores de la misma. Los señores, a partir de entonces, debían ocuparse de la educación y alimentación de esa muchacha, asimismo debían mantener el contacto con los padres de esta para comentarles su evolución. Se trataba de una relación ilimitada porque estas chicas entraban en el servicio doméstico como un destino vitalicio. De hecho, la vida de la criada guardaba muchísimas similitudes con la vida monacal.

⁴ VÁZQUEZ, J.M., *El servicio doméstico en España. Su situación real y propuesta de resolución para sus problemas*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Previsión, *Serie Estudios Premio Marvá*, 1960, pág. 18: “En general las chicas de servicio de las grandes ciudades poseen más cualidades negativas que positivas. Salidas de un ambiente tosco y sin conocimiento alguno de los hombres y de la vida, son fácil presa de las insidias de la ciudad. Asimilan lo malo de ésta y no se desprenden de la tosquedad rural de donde proceden. Al mismo tiempo que ayudan, comienzan por ser un problema para el ama de casa. Pero ¿es que la chica que tuviera más preparación cultural, religiosa y profesional aceptaría el servicio en las condiciones en que se realiza actualmente en España? Indudablemente, no”. En el texto el autor criticaba las condiciones en las que se desarrollaba el servicio doméstico en España, pero deja claro que las chicas de servicio poseían escasas aptitudes y por ello no se podían emplear en otro oficio.

bastante a la realidad, y siendo muchísimas las mujeres que emigraron del campo a la ciudad por iniciativa propia⁵.

Estas personas, por atender a un familiar o persona de su entorno, muchas veces tienen que prescindir del desempeño de una actividad laboral, con el consiguiente perjuicio, ya que tienen que renunciar no sólo al salario o parte del mismo, que constituye su medio de vida actual, sino además, a la falta de cotizaciones a la Seguridad Social, esenciales para posibilitar el acceso a prestaciones futuras, entre ellas, la pensión de jubilación.

De acuerdo con esto, entendemos que la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, el envejecimiento poblacional y la dependencia creciente, hacen necesario el paso de un modelo de cuidado tradicional a un nuevo modelo en el que el Estado asuma un importante papel en la provisión de cuidados y estos sean desempeñados por personas formadas para ello.

En ese sentido, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (conocida como la ley de dependencia, en adelante LAPAD), intentó atenuar en parte este problema, estableciendo una doble dimensión, por un lado, el reconocimiento de una prestación económica (artículos 14.4 y 18.1) cuyo beneficiario es la persona atendida por el cuidador no profesional, prestación que se otorga con carácter excepcional y de forma subsidiaria al Catálogo de Servicios previsto en la Ley y al mismo tiempo, se establece la obligación de que el cuidador familiar deberá ajustarse a las normas de la Seguridad Social (afiliación, alta y cotización) que se establezcan reglamentariamente (artículo 18.3). Parece que ambas actuaciones debían ir unidas sin que fuese posible la prestación, sin que el cuidador estuviese encuadrado en el Sistema de la Seguridad Social, y al mismo tiempo, éste sin el otorgamiento de la prestación a la persona dependiente, ello sin perjuicio de las medidas importantísimas en materia de formación de estas cuidadoras.

De este modo, el perfil de los no profesionales y profesionales que llevan a cabo el servicio de ayuda domiciliaria no es homogéneo y presenta diferencias, tanto en la formación, como en las tareas realizadas. Como sabemos, la prestación que realizan las auxiliares domiciliarias se trata de un servicio comunitario de carácter social que, mediante personal, en principio, formado y supervisado, realiza actividades preventivas, educativas y asistenciales a familias y/o personas con dificultades para mantener o preservar su bienestar físico, social y/o afectivo, intentando que los/as usuarios/as puedan continuar viviendo en su hogar y/o entorno mientras sea posible y conveniente. La referencia a tareas domésticas y la asimilación entre actividades domésticas, que se realizan en el domicilio, ha condicionado que la actividad se haya asimilado a la de empleados de hogar con bastante frecuencia. Dicha asimilación se ve reforzada por una aplicación insuficiente de criterios de acreditación de los servicios que deben incorporar, entre otros, la formación de las personas que van a ocupar ese trabajo⁶.

Ante esta falta de objetivación, nos planteamos en este estudio, la necesidad de profesionalizar y mejorar la regulación laboral del sector de cuidadoras no profesionales o familiares, con la finalidad de evitar las condiciones de arbitrariedad en que se sujeta actualmente dicha ocupación, tratando de analizar los distintos aspectos y problemas que ha supuesto la forma de incluir al cuidador no profesional o familiar en el Sistema de la Seguridad Social, así como con las dificultades que se han encontrado⁷.

⁵ "El trabajo a domicilio constituyó en gran medida la única alternativa laboral que se ofrecía a muchas mujeres españolas en este periodo. Al tratarse de una mano de obra poco cualificada, las mujeres se orientaban profesionalmente hacia aquellos sectores que requerían pocos conocimientos técnicos.". MARY NASH. Arenal, 20 años de Historia de las Mujeres. Arenal: *Revista de historia de mujeres*, Vol. 20, nº 1, 2013, págs. 4-5.

⁶ DURAN HERAS, MA. "Concentración y reparto del trabajo no remunerado en los hogares". *Cuaderno de Relaciones Laborales* nº 17, 2000; págs. 91-122.

⁷ La situación de los cuidadores no profesionales a efectos de encuadramiento en la Seguridad Social, en el sentido de que dejaron de quedar incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, dado que la suscripción del convenio especial regulado como obligatorio en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, pasó a ser voluntario a partir de 15 de julio de 2012 (D.A. 8ª RDL 20/2012, de 13 de julio).

De manera simultánea a lo anterior, intentaremos dar respuesta a la duda de si no fue posible encuadrar esta figura en el Sistema Especial para Empleados de Hogar⁸, ya que se trata en definitiva, que sean familiares o personas cercanas al entorno de las personas dependientes quienes se ocupen durante una parte importante de su jornada, a atender a éstos últimos en aquellas actividades ordinarias que el familiar dependiente no puede realizar por sí mismo.

II. INTRODUCCIÓN

Debemos partir de la base de que las familias españolas, a falta de servicios sociales, precisan de la contratación de trabajo doméstico, lo que ha dado lugar a una profunda metamorfosis del empleo doméstico en España, ya que, como sabemos, en los primeros años del siglo XX, el trabajo doméstico era un servicio marginal, de lujo, propio de las clases altas⁹, pero actualmente, como hemos adelantado, constituye un trabajo en constante aumento y necesario, ya que los cuidados se realizan en gran medida en el seno de las familias y como tantas tareas que se realizan en el seno de los hogares (ámbito privado), es difícil cuantificar el alcance de la actividad así como la propia naturaleza de la actividad como extensión del rol tradicional atribuido a las mujeres, las expectativas sociales y culturales sobre esta atención, las repercusiones del cuidado en la vida de las cuidadoras y la falta de reconocimiento y apoyo social a esta labor.

Ésta práctica, fomentó por error, una idea socialmente extendida, de que cualquier mujer por el hecho de serlo, sin necesidad de un aprendizaje o formación específica, estaba capacitada y podía realizar este trabajo¹⁰. Estas tareas carecían de una reglamentación laboral que estableciera las condiciones de trabajo y que regulara derechos y deberes que habrían de presidir las relaciones entre empleadores y empleados: salario mínimo, forma de trabajo, despidos, seguridad social, etc. Como consecuencia de ello accedían a estos trabajos personas sin una formación específica y sin ninguna vocación profesional, lo que hacía que se devaluara socialmente la dignidad del personal que desempeñaba estos servicios¹¹. Este tópico, por lo menos durante los años sesenta, se acercaba

⁸ Disposición adicional 39.ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Integración y creación del nuevo Sistema Especial para Empleados de Hogar. Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social (BOE de 31 de diciembre de 2012), se introdujeron una serie de modificaciones en la configuración jurídica del Sistema Especial para Empleados de Hogar. Por otra parte, la Orden ESS/55/2018, de 26 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2018 ha variado el tipo de cotización por contingencias comunes y su distribución entre empleador y empleado.

⁹ Todavía en 1991 GORZ afirmaba que el trabajo del empleado doméstico no crea “valor de uso” porque a este tipo de trabajador “no le pagan por la utilidad de su trabajo sino por el placer que experimentan -los empleadores- al hacerse servir”. En la actualidad, esto no es así, al menos no lo es para un número importante de empleadores domésticos, que no contratan por el mencionado “placer de hacerse servir”, sino por la necesidad de garantizar su propio trabajo. GORZ, A., *Metamorfosis del trabajo, Búsqueda del sentido, Crítica de la razón económica*. Madrid. Ed. Sistemas. 1991. págs. 12-13

¹⁰ SARASÚA GARCÍA, C., *Criados, nodrizas y amos...*, op. cit. pág. 89. Tenemos que considerar el paternalismo como la relación más común dentro del servicio doméstico desde finales del siglo XIX hasta la década de los sesenta. Durante este periodo eran los padres quienes confiaban a la hija al servicio de una casa y transmitían su responsabilidad paterna a los señores de la misma. Los señores, a partir de entonces, debían ocuparse de la educación y alimentación de esa muchacha, asimismo debían mantener el contacto con los padres de esta para comentarles su evolución. Se trataba de una relación ilimitada porque estas chicas entraban en el servicio doméstico como un destino vitalicio. De hecho, la vida de la criada guardaba muchísimas similitudes con la vida monacal.

¹¹ VÁZQUEZ, J.M., *El servicio doméstico en España. Su situación real y propuesta de resolución para sus problemas*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Previsión, *Serie Estudios Premio Marvá*, 1960, pág. 18: “En general las chicas de servicio de las grandes ciudades poseen más cualidades negativas que positivas. Salidas de un ambiente tosco y sin conocimiento alguno de los hombres y de la vida, son fácil presa de las insidias de la ciudad. Asimilan lo malo de ésta y no se desprenden de la tosquedad rural de donde proceden. Al mismo tiempo que ayudan, comienzan por ser un problema para el ama de casa. Pero ¿es que la chica que tuviera más preparación cultural, religiosa y profesional aceptaría el servicio en las condiciones en que se realiza actualmente en España? Indudablemente, no”. En el texto el autor criticaba las condiciones en las que se desarrollaba el servicio doméstico en España, pero deja claro que las chicas de servicio poseían escasas aptitudes y por ello no se podían emplear en otro oficio.

bastante a la realidad, y siendo muchísimas las mujeres que emigraron del campo a la ciudad por iniciativa propia¹².

III. EL SERVICIO DOMÉSTICO COMO ALTERNATIVA AL CUIDADO FAMILIAR O NO PROFESIONAL

Es sencillo confundir las diferencias entre empleada doméstica y cuidadora no profesional. El Sistema Especial de Empleados del Hogar autoriza un régimen informal de cuidado de personas en situación de dependencia, por lo general a cargo de mujeres, llamadas cuidadoras. La reforma del empleo doméstico realizada en 2011 revisó las condiciones de trabajo y el sistema de protección social de los trabajadores domésticos para acercar estas condiciones, aunque no del todo, a las que establece la legislación laboral del común de los trabajadores por cuenta ajena.

En este sentido y con anterioridad a la publicación del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (en adelante RLESHF)¹³, la definición de los trabajadores incluidos en este colectivo y el concepto de “cabeza de familia” la aportaba el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del servicio doméstico, encuadrando a los trabajadores que se dedicasen a servicios exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia, siempre que estos servicios sean prestados en la casa que habitase el cabeza de familia y que perciban un sueldo (monetario o en especie), incluyendo en este ámbito de aplicación los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos en los supuestos en que se consideren actividades domésticas¹⁴.

La jurisprudencia por su parte¹⁵, había definido como empresario, en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, al titular del hogar familiar o cabeza de familia, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Cuando esta prestación de servicios se realice para un grupo de personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan con tal carácter familiar en la misma vivienda, asumirá la condición de titular del hogar familiar o cabeza de familia la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación del grupo, que podrá recaer de forma sucesiva en cada uno de sus componentes (arts. 10, RD 84/1996, de 26 de enero y 1º, RD 1041/2005, de 5 de septiembre).

La actual regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (RLESHF), en lo referente al objeto y ámbito de aplicación, con una mejor definición de las partes de la relación laboral especial, en particular la figura del empleador¹⁶, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia¹⁷ en el que se presten los servicios domésticos¹⁸, haciendo homogénea la definición laboral y la contenida en la normativa de Seguridad Social. También precisa que para considerar esta relación laboral como especial, el empleador debe

¹² “El trabajo a domicilio constituyó en gran medida la única alternativa laboral que se ofrecía a muchas mujeres españolas en este periodo. Al tratarse de una mano de obra poco cualificada, las mujeres se orientaban profesionalmente hacia aquellos sectores que requerían pocos conocimientos técnicos.”. MARY NASH. Arenal, 20 años de Historia de las Mujeres. Arenal: Revista de historia de mujeres, Vol. 20, nº 1, 2013, págs. 4-5.

¹³ La Ley 32/1984, de 2 de agosto estableció el carácter especial de la relación de servicio del hogar familiar y su regulación se llevó a cabo, primeramente, mediante el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto. En la actualidad, dicha norma ha sido sustituida por el RD 1620/2011 de 14 de noviembre

¹⁴ El objeto de esta relación laboral especial se mantiene en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre: “son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos”.

¹⁵ Sirva como ejemplo la sentencia del TSJ de Galicia núm. 5133/2001 de 22 de junio. Rec. 1282/2001.

¹⁶ A los efectos de esta relación laboral especial, se considerará empleador al titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos

¹⁷ Añade, tal y como ya lo hizo la jurisprudencia “lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos”.

¹⁸ Artículo 1.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.

concertar con el empleado que, dependientemente y por cuenta del mismo, va a prestar servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar. Así mismo, intenta precisar que relaciones quedan excluidas de esta regulación, en especial las concertadas por empresas de trabajo temporal o las relaciones de las cuidadoras, tanto profesionales como no profesionales, respecto de las personas en situación de dependencia.

Llegado a este punto, conviene conocer también el significado de la acción que desempeña el cuidador no profesional, entendiéndose el artículo 2.5 de la LAPAD “*la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada*”. Se trata de la ayuda que con carácter permanente realiza una persona cercana y de la máxima confianza a la persona dependiente, pues nadie permitiría que un extraño conviviera bajo el mismo techo sin tener una relación de confianza con el cuidador, exceptuándose de este concepto los cuidados procedentes de cualquier servicio público o privado que constituya una profesión, ya que el fenómeno social de la dependencia no es, desde luego, enteramente nuevo, pero sí generalizado y más relevante como tal desde el punto de vista de la política jurídica de protección social¹⁹.

En efecto, el concepto de cuidador no profesional se extiende de forma excepcional (según el artículo 1.2 RD 615/2007) cuando la persona en situación de dependencia tiene su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, en zonas despobladas o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidieran o dificultasen otras modalidades de atención, la ley indicaba que la administración competente podía, excepcionalmente, permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco señalado, residiera en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo hubiera hecho durante el periodo previo de un año.

Esta extensión del concepto de cuidador no profesional a personas que no son familiares presenta algunas dudas, la primera, sería conocer cuál es el alcance de las circunstancias del entorno de la persona dependiente a las que alude el precepto para aplicar la excepción de que puedan ser personas diferentes a los parientes que describe la norma quienes pueden adquirir la condición de cuidadoras no profesionales.

Quizá la ampliación del concepto de cuidador a personas que no tienen vínculos de parentesco con la persona dependiente ha inclinado finalmente al legislador a eludir la denominación de cuidadores familiares por la más genérica de cuidadores no profesionales, evitando por otro lado, la expresión “cuidadores informales” quizá para evitar las connotaciones que pudieran apuntar a una falta de regulación jurídica que si bien, era patente hasta la publicación de la LAPAD y su desarrollo reglamentario por RD 615/2007, a partir de entonces parece que pierde fuerza su sentido original²⁰.

1. ASISTENCIAS QUE SE ENGLOBALAN EN EL CUIDADO PARA UNA PERSONA EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

Normalmente el cuidado de una persona en situación de dependencia tiene muchas tareas que hay que realizar a lo largo del día, esa es la razón por la que, entendemos, debe realizarse esa asistencia desde el entorno familiar más cercano, como un trabajo, de forma que se entendiese la actividad de cuidar a las personas, como una prestación más del panorama laboral. Se trata en definitiva de familiares o personas cercanas al entorno de las personas dependientes que se ocupan

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., “El Modelo de protección social de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social”. *Documentación administrativa*, nº 276-277, 2006-2007 (Ejemplar dedicado a: El sistema para la autonomía y la atención a la dependencia / coord. por José Vida Fernández), págs. 569-630

²⁰ MONTOYA MELGAR, A., “Las situaciones de dependencia personal: políticas y normas”. (Capítulo I) en *La Protección de las Personas Dependientes*. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a la personas en situación de dependencia. (VVAA) Alfredo Montoya Melgar (Director). Ed. Civitas, 2007, pág. 33.

durante una parte importante de su jornada a atender a éstos últimos en aquellas actividades ordinarias que el familiar dependiente no puede realizar por sí mismo²¹.

Se prestan por tanto, por parte de estas cuidadoras no profesionales, las tareas fundamentales de una persona dependiente, que permiten se desenvuelva con un mínimo de autonomía e independencia. En el art. 2 de la LAPAD comprobamos como estas actividades tratan las tareas más elementales que realiza una persona para desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas.

En este sentido, cuando las cuidadoras familiares de personas dependientes necesitan ayuda para prestar esta asistencia, suelen contratar de forma privada a alguien para que le ayude a realizar algunas de estas tareas básicas para la persona a la que cuida. Por esta razón, el Servicio de Ayuda a Domicilio y el Sistema Especial de Empleados del Hogar conviven en la actualidad como dos sistemas de cuidado de personas en dependencia ya que tienen los mismos fines de cuidado, prevalencia del arraigo domiciliario y fortalecimiento de la calidad de vida de los usuarios mediante atenciones que cuidadoras contratadas les facilitan a domicilio. En ambos casos, según las necesidades de los usuarios, se prestan asistencias distintas que se engloban en actividades domésticas y de cuidado entre otras.

Por otra parte, aunque la LAPAD no contenga una regulación específica de las tareas específicas de los cuidadores no profesionales, sí contempla los principios que la inspiran, la determinación de los sujetos protegidos, con las consiguientes obligaciones y derechos derivados de dicha condición, la acción protectora que se les dispensa, la incompatibilidad de las prestaciones, los distintos grados y la valoración de los mismos, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y el derecho a las prestaciones del sistema y por último, la tipificación de las infracciones y sanciones que pudieran cometerse con el objeto de evitar los abusos y fraudes en el percibo de las prestaciones.

En consecuencia, se confirma la posibilidad de que el empleado de hogar, entre sus tareas podría asumir la del cuidar a la persona dependiente (no familiar). Tal sería el supuesto (quizá algo forzado) en que a mi entender podría compatibilizarse la ocupación de empleado de hogar con la de cuidador no profesional. No obstante, entiendo que cuando se proyectó la figura del cuidador no profesional no se pensó en incluirlo en el antiguo Régimen Especial de Empleados de Hogar (hoy Sistema Especial del Régimen General), lo que no significa que en algunos casos como el comentado, no pueda incluirse. Otra cosa es su encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social en un caso y en el otro, como luego se analizará.

En definitiva, partiendo de la base de que el beneficiario de los cuidados sea una persona dependiente, prima, a la hora de otorgar la prestación económica, que el cuidador sea pariente o que en casos excepcionales como los reseñados en que sea difícil otras modalidades de atención, lo pueda ser otra persona que acredite tener conocimiento para atender a la persona dependiente de forma adecuada.

Otra consecuencia de la informalidad y la ausencia de reglas claras en el Sistema Especial de Empleados del Hogar es la confusión entre empleada doméstica y cuidadora, que no siendo lo mismo, con frecuencia se hace trabajar a la cuidadora en quehaceres ajenos a la función para la que ha sido contratada, o bien se pretende que la empleada doméstica se dedique también al cuidado de personas, pero sin aumentar el sueldo y sin preparación suficiente ya que dentro de las atribuciones de las personas empleadas como servicio doméstico, como hemos indicado, se encuentra la del cuidado de personas dependientes.

Por tanto, en la actualidad encontramos que los cuidados de mayores o personas dependientes pueden ser llevados a cabo por el Servicio de Ayuda a Domicilio y por una empleada de hogar. Las atribuciones son iguales, ya que son las propias de este tipo de cuidados y sus características básicas

²¹ En ese sentido la exposición de motivos Ley 39/2006 nos recordaba que “...*basta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el apoyo informal*”.

es que se llevan a cabo en el propio hogar. El objetivo en todos los casos es la mejora en la calidad de vida de sus usuarios, ya que pueden permanecer en su hogar a la vez que reciben toda la ayuda y cuidados que necesitan.

La realidad es que esta indeterminación legislativa ha provocado que por un lado encontremos cuidadoras específicas para mayores y dependientes que deben asumir tareas que en principio no les corresponden, como serían tareas domésticas propiamente dichas, y, por otro, que empleadas domésticas, cuyas labores deberían ser aquellas relacionadas directamente con tareas exclusivamente de limpieza, cocina, lavado etc. se ven abocadas a prestar cuidados específicos para personas mayores y dependientes, en muchas ocasiones además, sin contar con la debida formación y/o experiencia.

Aunque se ha legislado con el objetivo de favorecer la integración del régimen especial de empleadas de hogar dentro del régimen general la realidad es que no está asimilado del todo y por eso existen diferencias constatables entre las condiciones de las empleadas de hogar y aquellos en el Régimen de Servicio de Ayuda a Domicilio, por lo que aún a pesar de llevar a cabo tareas idénticas, las diferencias entre encuadrarse en uno u otro sistema existen.

IV. AMBITO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LAS PERSONAS DEPENDIENTES

El RLESHF, en su art. 1º. 3, como ya hemos reparado en la introducción, se refiere indistintamente a domicilio o lugar de residencia. El hogar familiar como ámbito físico de la prestación de servicios se ha ampliado, llegando a formar parte del mismo cualquier lugar de residencia²² incluso cuando el titular de ésta es una entidad mercantil que presta a sus residentes servicios personales sanitarios y similares²³.

En éste supuesto de prestación de servicios a personas alojadas en residencias e instituciones sanitarias, las funciones de una trabajadora doméstica, podrían confundirse con las del personal subalterno de dicha institución. Exceptuando la labor de acompañamiento, las restantes, son tareas que de no ser cumplimentadas por la trabajadora doméstica, las realizarían el personal de la institución, como es el caso de la limpieza de los enseres de alimentación y la habitación que se ocupa²⁴ y el alimento y limpieza personal²⁵; en estos casos, se ha declarado la existencia de una relación laboral doméstica, señalando las resoluciones que las funciones propiamente sanitarias eran realizadas por el personal de la institución²⁶.

En cambio, la STSJ País Vasco, de 1-9-2004 (AS 3893), entiende que una institución residencial u hospitalaria no debe asimilarse al hogar familiar, estimando relación laboral ordinaria, la de la

²² BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA, F., “Análisis de la relación especial de empleados de hogar a la luz da la jurisprudencia”, en *Revista Social*, núm. 81, enero de 2003.

Y http://solucionesmemento-indiv.efl.es/Actum WEB/comexperto-texto.jsp?id_art=12, apdo. II. (consultado el 20-05-2018).

²³ STSJ País Vasco de 9-5-2000 (AS 3160) se pronuncia sobre el carácter ordinario o especial de la relación de trabajo de quien prestaba sus servicios en el módulo de una residencia geriátrica con derecho vitalicio de habitación, en la que la demandante prestaba servicios similares a los de una auxiliar de clínica para su empleadora doméstica. Se declara relación especial, no solo por la consideración de que la residencia en este caso es equivalente al hogar familiar, sino por la índole de las tareas contratadas, que no son de carácter estrictamente médico sanitario. La sentencia se basa en que el módulo era la vivienda habitual de la contratante, que tenía sobre el mismo el derecho de habitación del art. 524 del Código Civil. Con respecto a las atenciones objeto del contrato, la sentencia declara en su fundamento cuarto que “*las puede hacer cualquiera*” y que la especialización de la trabajadora como auxiliar de clínica era posterior al contrato y no había sido tenido en cuenta para su realización.

²⁴ STCT de 14-6-1989, AR 478.

²⁵ STCT de 22-4-1989, AR 1449.

²⁶ Del mismo modo, aunque la clase de relación laboral no era objeto del litigio, aparece como empleada de hogar quien primero estuvo prestando servicios en el domicilio de su empleadora y a continuación lo hizo en la residencia en que fue ingresada, debido a que padecía Alzheimer, STSJ Comunidad Valenciana de 31-10-2006, ROJ 7618. Son trabajadoras domésticas las que atendían a una persona tetrapléjica en una residencia asistida en los aspectos emocionales, dado que la asistencia física la prestaba el personal de la residencia, STSJ Castilla-León, de 4-2-2009, ROJ 274. La persona que atiende a un enfermo en una clínica, cuatro horas diarias de lunes a viernes durante algo más de dos años es empleada de hogar, STSJ de Madrid de 23-2-2010, ROJ 1694.

trabajadora que acudía tres horas diarias a una residencia geriátrica a atender a una persona ingresada, en las necesidades que se presentasen en dicho periodo de tiempo, con fundamento en que los empleadores codemandados (la persona cuidada y sus familiares) no eran titulares de la residencia en la que se desarrollaba el trabajo y por tanto del domicilio de prestación de los servicios.

Acerca de la prestación de servicios de carácter doméstico en residencias, asociaciones o comunidades religiosas, se ha juzgado equiparable la residencia que sirve de alojamiento a los miembros de una comunidad religiosa al hogar familiar, por ser el hogar de dicha comunidad²⁷.

Pero esto no siempre fue así, durante tiempo estas tareas de limpieza en residencias fueron declaradas domésticas y excluidas del régimen laboral por algunas Reglamentaciones de Trabajo²⁸, si bien llega un momento en que cambia el criterio de los Tribunales y así, el TCT²⁹ declarando que el hecho de que la vida de las residencias tuviese cierto carácter familiar, no autorizaba a declarar doméstico a su personal.

Es a partir de la STSJ Comunidad Valenciana, de 21 de enero de 1993 (AS 515)³⁰, cuando cambia la doctrina al declarar incluida en el Régimen especial a la trabajadora que prestaba servicios para una Residencia de viudas y huérfanos del ejército, propiedad de un Patronato adscrito al Ministerio de Defensa, y que había ido sucesivamente apareciendo de alta a cargo de las diferentes Directoras de la residencia como cabezas de familia, el motivo para ello fue, que la Residencia como tal no era una persona jurídica. En este caso, se adjudicó, creemos que indebidamente, el carácter de cabeza de familia a quien ostentaba la dirección de las instalaciones³¹, ya que se entiende que estos servicios deben ser prestados en la casa que habite el cabeza de familia, no en el lugar donde trabaje, como es en el caso analizado, ya que aun siendo un grupo de personas que no constituían una familia, no vivían todas ellas con tal carácter familiar en el mismo hogar (artículo 2 del Decreto RESD).

Por el contrario, se declaró ordinaria, la relación laboral de quienes se dedicaban al servicio doméstico en una residencia propiedad de una persona jurídica mercantil, en la que se alojaban los técnicos pagando una cuota por el servicio de alojamiento y manutención, a pesar de que quien abonaba los salarios y daba las órdenes de trabajo era la persona que aparecía como Presidente de la residencia; en este caso se considera que las tareas domésticas se estaban realizando en beneficio de la entidad mercantil³².

Así mismo, en el caso de la convivencia en comunidad de un grupo de personas a las que une un ideario común, en cuanto existe una convivencia en una residencia común y unas tareas a realizar para mantener el buen orden y comodidad de la morada³³, también ha sido considerada como relación especial; en otras sentencias en cambio, se ha optado por la existencia de una relación laboral común, al considerar que se presta el servicio en una entidad empresarial³⁴.

²⁷ TSJ Cataluña 19 de Marzo de 1999.

²⁸ Entre otras, la de la Empresa Nacional Calvo Sotelo, de 23-4-1949, excluía en su art. 2 e) “al personal empleado en las Residencias en funciones o trabajos propios de servicios domésticos”; en los mismos términos, la de la Empresa Nacional Bazán, de 24 de julio de 1950, en su art. 2 d); la de la Compañía Telefónica Nacional de España, en su art. 1º e) excluía al personal dedicado atenciones complementarias, como la limpieza de locales y servicios análogos.

²⁹ La STCT 9-3-1973, AR 1217, declara inaplicable la disposición de la Reglamentación de Trabajo de la Empresa Nacional Bazán, que excluía de la condición de trabajadoras a las dedicadas al servicio doméstico en las residencias de la empresa.

³⁰ STSJ Navarra de 15 de junio de 2001 (As.1881). Otra cosa es que sea al revés un relación laboral al servicio del hogar disfrazada de relación laboral común con una entidad mercantil en STSJ Madrid de 23 de marzo de 2004 (Rec.5822/2003).

³¹ STCT de 9-3-1984 (RTCT.2273): “el trabajo a domicilio se caracteriza por las notas propias de la relación laboral -ajenidad del producto elaborado, incardinación organizativa, retribución salarial- aunque por la sede en que se desarrolla el mismo o locus operarum... no se precise la vigilancia del empresario”. STSJ de Cataluña de 12-11-1994 (AS.4368), con cita en la del TS de 29-1-1991 (RJ.190): “tampoco el hecho de que el trabajo se realice en el propio o distinto domicilio desvirtúa la nota de dependencia, pues ello entra dentro de la propia modalidad del contrato de trabajo de tal naturaleza”.

³² STSJ de Madrid, de 25-3-2003, AS 2728.

³³ TSJ Navarra 15 de Junio de 2001.

³⁴ TSJ Madrid 4 de Junio de 1996 y TSJ Madrid 19 de Enero de 1999.

También se declaró relación ordinaria la prestación de servicios domésticos en una residencia que alojaba estudiantes, con un ideario cristiano y sin ánimo de lucro³⁵, en este supuesto resultó decisivo el que la persona que dirigía la residencia no formaba parte del grupo de estudiantes alojados. Pero en el caso del servicio prestado en una casa de huéspedes, que acogía sin fin de lucro a personas que pagaban una cuota mensual, el tribunal, en su STCT de 7-7-1973 (AR 3192), entendió que el carácter familiar de la convivencia, por sí mismo, no justificó el alta en el Régimen Especial.

En la actualidad, siguen excluidos de esta relación laboral especial los servicios que se presten para personas jurídicas, aunque se traten de entidades públicas o benéfico-sociales, es cierto que en algunas ocasiones, la doctrina judicial como hemos visto, ha llevado a cabo interpretaciones discutibles alargando el concepto de hogar sobre la base de expresiones contenidas en el propio RLESD, que da pie a la interpretación expansiva como la de “*otros análogos*” contenida en el art.1.4 al caracterizar los servicios domésticos y sus modalidades, cuando el art. 2.2.a) es suficientemente claro cuando excluye “*las relaciones concertadas por personas jurídicas, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas*”³⁶, bien, pues partiendo de la base que una persona jurídica no puede ser titular de un hogar familiar, no sería susceptible de contratar este tipo de servicios, ya que como sabemos, la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, sólo la puede concertar como empleador, una persona física que sea “*...titular de un hogar familiar*” y únicamente para la realización de las tareas domésticas “*...en el ámbito del hogar familiar*”³⁷.

Para estos supuestos, al tener el empleado de hogar un vínculo laboral con la empresa de servicios, siendo retribuido por la misma, la que ejerce los poderes directivos empresariales, no nos cabe duda que el encuadramiento de aquél será en el Régimen General de la Seguridad Social, siendo la empresa de servicios la empresa obligada y responsable de solicitar el alta y cotizar por el trabajador doméstico.

V. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES

Una de las principales características de la Seguridad Social de los cuidadores familiares, es la aplicación del mismo tratamiento en todo el territorio nacional, ya que no pueden darse diferentes reglas de encuadramiento, afiliación, cotización, según el territorio en que se apliquen, pues se trata de legislación básica de Seguridad Social (artículo 149.1.17^a de la Constitución) y porque, además como señala el preámbulo del RD 615/2007, “*tendrían consecuencias negativas para la calidad de las prestaciones y para la igualdad efectiva en el acceso a éstas por parte de los beneficiarios*”, sobre todo, de los cuidadores no profesionales, al encontrarse vinculado su régimen jurídico de Seguridad Social con las prestaciones futuras³⁸.

La Ley de dependencia en su artículo 18, al regular la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadoras no profesionales, establecía originariamente que el cuidador debía ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinaban reglamentariamente³⁹. Asimismo, en la disposición adicional cuarta de esta misma ley,

³⁵ STSJ Madrid, de 19-1-1999, AS 165.

³⁶ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMENEZ, D, Los trabajadores al servicio del hogar familiar..., op. cit., págs. 53 y ss.

³⁷ El RD 1620/2011, de 14 de Noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar señala, en su Art. 1 que "Se considera relación laboral especial del servicio del hogar familiar la que conciertan el titular del mismo, como empleador, y el empleado que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar."

³⁸ MARTÍNEZ YÁNEZ, N. M., “El Estatuto Jurídico del cuidador informal y su regulación en el proyecto de Ley de la Dependencia”, *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema* (VVAA), Ed. Laborum, Murcia, 2006, págs. 544-545.

³⁹ Sobre el particular, SEMPERE NAVARRO, A. V. Y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Ley de Dependencia. Estudio de la ley 39/2006, sobre la promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas e situación de Dependencia*, Thomson/Aranzadi, Colección Punto de actualidad legal. Cizur Menor, 2007, pág. 130-139; ROQUETA BUJ, R., “Las prestaciones económicas”, (VVAA) *La protección de la dependencia*, (Coordinadora) Remedios Roqueta Buj. Editorial Tirant Lo Blanch (reformas), Valencia, 2007, págs. 435-491; CAVAS MARTÍNEZ, F., “Prestaciones del Sistema” (Capítulo IV) en *La Protección de las Personas Dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. (VVAA) Alfredo Montoya Melgar (Director). Editorial Civitas, 2007, págs. 147-162. GONZÁLEZ DE PATTO, R. M. “Las prestaciones (...)”

se establecía que el Gobierno determinaría la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el régimen que les correspondiera, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización⁴⁰.

Por tanto, y a efectos únicamente de la prestación que dicha ley establece, limitaba a los parientes⁴¹, puesto que la finalidad de la ley era que esas ayudas se prestaran principalmente a través de servicios públicos⁴² o concertados, para que existiera cierto control⁴³. Dicha prestación económica⁴⁴ consiste en un importe que se asimila al salario, ya que se destina a los cuidadoras familiares o no profesionales⁴⁵ que decidan hacerse cargo formalmente, del cuidado de una persona en situación de dependencia, evitando su institucionalización⁴⁶, y que llevaba aparejada la obligación de dar de alta al cuidador en un convenio especial de la Seguridad Social. Del mismo modo, la cotización era asumida íntegramente por el gobierno de España⁴⁷, y decimos era, porque la cotización a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales por parte del IMSERSO desaparecería más tarde con motivo de la publicación del RDL 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁴⁸. De este modo, se suprimía, como señalamos, el abono de la cotización a la Seguridad Social, por parte del IMSERSO, a los cuidadores no profesionales o familiares de los dependientes.

Sin embargo, la citada Ley nos parece que no dedicó la atención precisa al régimen jurídico de los cuidadores familiares. En realidad la finalidad de la LAPAD se centró más en la regulación de las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, aunque es cierto que estableciendo un sistema que suponía una nueva modalidad de

económicas a las personas en situación de dependencia” *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 89, 2007, págs. 211-242.

⁴⁰ Los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia previstos en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, existentes a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, se extinguirán el día 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicite expresamente el mantenimiento del mismo, modelo TA0040 - Opción |R.D.L. 20/2012, con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entenderá subsistente dicho convenio desde el día 1 de septiembre de 2012.

⁴¹ LÓPEZ LÓPEZ, J., Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género, en AA. VV., *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, 2005, págs. 103 y ss.

⁴² Como afirma RODRIGUEZ RODRIGUEZ, E. en *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*. Ed. Bomarzo, Albacete. 2010. pág. 195, éste reconocimiento hace que el derecho tenga una sustantividad real y no sea una mera declaración de intenciones.

⁴³ GONZALEZ DE PATTO, R.M., Las prestaciones..., *op. cit.*, págs. 215-216.

⁴⁴ OLARTE ENCABO, S. “Los servicios sociales como mecanismo de atención a la dependencia”. *Temas Laborales*, núm. 89. 2007, pág. 184 y ss.

⁴⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. Aspectos jurídicos de la dependencia en la comunidad autónoma de Galicia. *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Vol. 19. nº 2. 2010. pág. 321. “Se echa en falta una cobertura adicional o una regulación específica que favorezca la labor del cuidador informal que... es la manera principal de ofrecer atención al dependiente. Además esta figura en muchos casos será ocupada por un familiar o vecino, en ocasiones también de edad avanzada. En esta línea sería necesario prever legalmente la posibilidad de que el dependiente tuviese derecho a ingresos temporales para que estos cuidadores puedan descansar y también recibir cursos de formación para desempeñar esas labores.”. También en La atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de Galicia en Los Nuevos Marcos de Relaciones Laborales en el Renovado Estado de las Autonomías. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Editorial Tirant lo Blanch (1 de abril de 2011), pág. 15.

⁴⁶ El cuidado en el domicilio es la alternativa de preferencia para las personas mayores en situación de dependencia. El riesgo de institucionalización está condicionado por las preferencias de la persona y su familia y las características de la red de apoyo, más que por las condiciones clínicas del individuo.

⁴⁷ El RD 615/2007 indicaba que la cotización a la Seguridad Social, así como la correspondiente a las acciones formativas de los cuidadores no profesionales, sería asumida directamente por la Administración General del Estado vía IMSERSO. A partir del día 1 de enero de 2013, el convenio especial será a cargo exclusivamente del cuidador no profesional.

⁴⁸ Disposición transitoria decimotercera del RDL 20/2012: “Los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia previstos en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, existentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, se extinguirán el día 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicite expresamente el mantenimiento del mismo con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entenderá subsistente dicho convenio desde el día 1 de septiembre de 2012. En este último caso, desde el día 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2012 la cotización a la Seguridad Social tendrá una reducción del 10 % en el total de la cuota a abonar, siendo a cargo de la Administración General del Estado el 5 % del total de la cuota y el 85 % restante a cargo del cuidador no profesional. A partir del día 1 de enero de 2013, el convenio especial será a cargo exclusivamente del cuidador no profesional”.

protección social. Todo ello porque la existencia de personas dependientes siempre supone la necesidad de otras personas que las ayuden, esto era reconocido en la Ley de Dependencia, que define a los cuidados de larga duración como el “Cuarto pilar del Estado de Bienestar”, intentando ampliar y complementar la acción protectora del Estado, del Sistema de la Seguridad Social, así como de la protección en materia de asistencia social y servicios sociales que compete a las autonomías.

Se trata de una situación jurídica curiosa, al converger dos sistemas públicos de protección social, uno (el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia) sobre la persona que se encuentra en situación de dependencia mediante el concesión de una prestación económica, y el otro (el Sistema de la Seguridad Social), que amplía su acción protectora sobre la persona que atiende a la persona dependiente, es decir, el cuidador no profesional, a efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que fuera su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza.

El relación con esto último (Seguridad Social de los cuidadores no profesionales), no es la primera vez que se produce la inclusión en el Sistema de la Seguridad Social de algunas actividades que anteriormente no eran consideradas como de trabajo⁴⁹.

La incorporación de los cuidadores no profesionales en el Sistema de la Seguridad Social, al igual que el de otros colectivos, es una consecuencia inmediata del cambio de criterio por parte del legislador acerca del tratamiento de tales actividades en el plano de la protección social⁵⁰, que a su vez responde a nuevas reivindicaciones de la sociedad, sin duda, impulsada por nuevas necesidades que afectan a la mayor parte de la ciudadanía.

La consecuencia de ello es que el Sistema de la Seguridad Social tiende a extender su cobertura a actividades que tradicionalmente no las incluía⁵¹, como por ejemplo las del caso que nos ocupa, la que desempeñan las cuidadoras no profesionales. Por tanto, a partir de la LAPAD se deja patente la intención de incluir a los cuidadores no profesionales en el Sistema de la Seguridad Social con las obligaciones y derechos propios de cualquier otro sujeto protegido por el Sistema⁵².

1. PECULIARIDADES DEL CONVENIO ESPECIAL DEL CUIDADOR NO PROFESIONAL

Como ya hemos advertido en párrafos anteriores, el mecanismo previsto para la incorporación de los cuidadores no profesionales en el Sistema de la Seguridad Social, fue el de la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social. El citado convenio, previsto en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, lo desarrolla el artículo 28 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (BOE del 14)⁵³, así como del artículo 22.1.h) de la Orden TAS/76/2008, de 22 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional,

⁴⁹ Sirva como ejemplo, que determinadas actividades deportivas no se les consideró en su momento auténticamente profesionales hasta que reglamentariamente se les encuadró bien en el Régimen General de la Seguridad Social (por ejemplo, jugadores de baloncesto, balonmano), bien en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en su caso, a través de la suscripción del Convenio Especial con la Seguridad Social (deportistas de alto nivel). Lo mismo ha sucedido con los becarios de investigación de la Universidad, quienes, de encontrarse extramuros de la acción protectora de la Seguridad Social, se han visto incluidos durante los dos primeros años de su actividad formativa, mientras realizan un proyecto de investigación, que ordinariamente será la elaboración de su tesis doctoral. Para ello deberá suscribirse el Convenio Especial.

⁵⁰ CABEZA PEREIRO, J., “Cuestiones sobre el seguro de dependencia”, VVAA. *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*. Laborum. Murcia, 2006, pág. 507.

⁵¹ Todo ello basándonos en sus principios fundamentales, un objetivo primordial de las políticas de seguridad social emanadas de los instrumentos nacionales e internacionales es garantizar el goce del derecho sin discriminación alguna.

⁵² MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., “El estatuto jurídico del cuidador informal y su regulación en el proyecto de ley de la dependencia”, *La economía de la seguridad social: sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum. 2006, págs. 543-556.

⁵³ En la redacción de la Orden TAS/2632/2007, de 7 de septiembre, por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (BOE del 14).

contenidas en la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

El convenio especial, es pues, el instituto al que se acudía para incorporar obligatoriamente al cuidador no profesional en el Régimen General de la Seguridad Social, en situación de asimilada al alta como precisa el artículo 2.1 RD 615/2007.

Sobre ello caben cuatro precisiones, la primera, acerca de la procedencia o no del Régimen elegido de Seguridad Social para ser encuadrados los cuidadores no profesionales. La segunda, sobre el significado de la situación asimilada al alta que señala la norma, en tercer lugar acerca de la obligatoriedad de suscribir el Convenio especial y, finalmente cabe comentar algo acerca de la especialidad del citado Convenio especial.

Con respecto a la primera de las cuestiones, conviene recordar que el Régimen General es el que incluye con carácter general a los trabajadores por cuenta ajena, como se indica en el artículo 136.1 LGSS⁵⁴. No parece, por ello, que sea el General, el Régimen más adecuado al que deban encuadrarse las cuidadoras no profesionales si recordamos el concepto de cuidador no profesional, identificable con personas que no pertenecen a ninguna institución sanitaria ni social y que se dedican a cuidar a personas dependientes, ayudándolas a adaptarse a las limitaciones que su discapacidad funcional, todo ello, entendido en sentido amplio.

Entendemos, por tanto, que hubiera sido más correcto incluirlos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar (hoy Sistema Especial), por responder el desarrollo de la actuación de las cuidadoras no profesionales a una mayor afinidad con el modo de desempeñar la actividad de este sector.

Todo ello, porque siguiendo el criterio establecido por la LAPAD (artículo 2), la diferencia se encuentra en que la atención sea profesionalizada o no⁵⁵, dejando claro que en el supuesto de profesionales, serán trabajadores de una institución, ya sea pública o privada, y por tanto, no se consideraría relación laboral del servicio del hogar familiar, ya que como sabemos, es una relación laboral especial que sólo puede concertar como empleador una persona física que sea titular de un hogar familiar.

Estos casos están expresamente excluidos, porque como decimos, en este supuesto la relación laboral se da entre el trabajador y la institución pública o privada, que es quien organiza su trabajo y le paga su salario, aun cuando el trabajo se desarrolle en el domicilio de la persona dependiente, entendiéndose por tanto, que estos cuidadores profesionales, tienen con la institución pública o privada una relación laboral común.

Ahora bien, no se puede negar, que un modelo de atención a las situaciones de dependencia que se articule sobre el cuidado informal o no profesional, dificulta la integración de los familiares en el mercado de trabajo, por lo que convendría que la sustitución del apoyo informal y el principio de autogobierno o libre elección para la prestación de servicios, fuese decisión de la persona en situación de dependencia y su familia, ya que se condiciona a la disponibilidad económica por parte de las Administraciones y por tanto se desconecta bastante el derecho subjetivo.

No entendemos por tanto, que si lo que se pretendía con la LAPAD era favorecer la autonomía de la persona dependiente⁵⁶, no es ésta quien decide el tipo de prestación que quiere recibir; máxime cuando el carácter prioritario de la prestación asistencial puede conllevar, en la práctica, el internamiento en un centro y, en consecuencia, el abandono del domicilio particular y el alejamiento

⁵⁴ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁵⁵ Diferencia entre los cuidadores “familiares” de otros cuidadores “no profesionales”. Real Decreto 615/2007 de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, art. 1º.

⁵⁶ Sobre el concepto de dependencia, GONZÁLEZ ORTEGA, S. “La protección social de la dependencia”, RL, nº. 17-18, 2004, págs.13 y ss. También MONTOYA MELGAR, A. Las situaciones de dependencia personal: políticas y normas en AA. VV., La protección de las personas dependientes, Ed. Civitas, Madrid, 2007, págs. 25-26. CRUZ ROCHE, I. y RODRIGUEZ CABRERO, G., La protección social de la dependencia. Estudio Delphi y modelo protector, en AA. VV., La protección social de la dependencia, Ed. MTAS, Madrid, 2000, pág. 608.

del entorno, por lo que entre las personas no profesionales de asistencia al dependiente, además de los familiares, nos parece razonable, que podrían incluirse los empleados de hogar que, entre sus tareas, asuman cuidados a la persona dependiente. Y ello es posible con alguna matización que resuelva la contradicción, pues el concepto de cuidador no profesional parece exigir que se trate de uno de los familiares antes descritos.

Con lo que parece que difícilmente será cuidador no profesional un empleado de hogar, pues las condiciones exigidas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar impiden que sean al mismo tiempo cuidadoras no profesionales, salvo que se trate del supuesto de cuidador no profesional que se extiende al no familiar, pero que se trata de una “persona de su entorno”, como se indica en la rúbrica del título del artículo 18 LAPAD.

En relación con la importancia de situación asimilada del cuidador que ha suscrito el convenio especial con la administración de la Seguridad Social, quizá no hubiera sido necesario haberlo hecho constar, pues el hecho de suscribir el convenio lo califica como una situación asimilada al alta, de acuerdo con el artículo 166.3 LGSS.

En tercer lugar, no está de más recordar que el precepto incluía a los cuidadores no profesionales en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social de forma obligatoria⁵⁷, lo que significaba que la no suscripción del convenio especial, cuando se cumplían los requisitos establecidos, podría suponer la comisión de una infracción. Si bien, como ya adelantamos cuando tratamos su situación jurídica, dejo de ser obligatoria a partir del RDL 20/2012 de 13 de julio⁵⁸.

Finalmente, al tratarse de un convenio especial, la propia denominación conduce a pensar que se trata de una forma de proceder diferente a la común. En efecto, la “especialidad” es una de las características de los convenios especiales suscritos con la Seguridad Social⁵⁹ y en el presente caso no iba a ser distinto, por citar una peculiaridad de este convenio especial, señalar que su suscripción no precisa de la acreditación de período de cotización previo, lo que se conoce como período de carencia.

VI. INTERACCIÓN PERSONAL Y PROFESIONAL EN EL SERVICIO DOMÉSTICO DENTRO DEL HOGAR FAMILIAR

Al llegar a este punto, recordemos que el servicio doméstico y los cuidados personales son actividades caracterizadas por el papel predominante de la interacción personal y la cercanía entre quien recibe el servicio y el que lo presta. El empleo en el hogar, como sabemos, se sitúa por tanto a caballo entre el ámbito laboral, puesto que es retribuido, y el ámbito privado, pues se realiza en un hogar familiar, con una relación muy personalizada, fuertemente relacionada con el afecto, ya que no se trata solo de realizar tareas (limpiar, vestir, planchar...), también se requiere capacidad de atención, y de un carácter, como decimos más interpersonal (como la capacidad para comunicarse, la capacidad de empatía y la ética personal y profesional, ya que son fundamentales para el trato con otras personas...) y por otro, las competencias de corte instrumental; como la capacidad para organizar las tareas según el tiempo del que disponen y la capacidad para resolver problemas e imprevistos que surgen sobre la marcha, puesto que muchas de estas personas trabajan por horas y deben cubrir un número elevado de funciones en muy poco tiempo.

⁵⁷ Artículo 2.1 RD 615/2007 Sin embargo, en el trasfondo de este convenio especial late la idea de que la suscripción del convenio no será obligatoria cuando el cuidador afectado se encuentre incluido por la acción protectora de la Seguridad Social a causa de otra circunstancia, como puede ser, por ejemplo la de desarrollar una actividad laboral que exija encontrarse dado de alta en la Seguridad Social.

⁵⁸ Disposición adicional octava Régimen de los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia derogada por el apartado 24 de la disposición derogatoria única del R.D. Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁵⁹ Capítulo II. Modalidades de Convenio Especial de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social.

La convivencia tan directa entre empleador y trabajadora, a menudo genera lazos afectivos que hacen que el trabajo doméstico sea concebido como algo más cercano al hogar que al mercado laboral y correspondiente más al ámbito privado que al ámbito profesional, esto se traduce en un “trato familiar” en ocasiones con una fuerte connotación servil, que hace complicado establecer el límite en el tiempo y el tipo de trabajo ya que la relación, entre otras cosas, se basa en aspectos diferentes al laboral, como son el afecto que hacen que la relación laboral sea ambigua negando en ocasiones al trabajo desempeñado el status de “trabajo profesional”⁶⁰.

Observamos no obstante, que las trabajadoras del empleo doméstico presentan necesidades formativas de distinta índole⁶¹, encontrándonos con distintos tipos de trabajo dentro del sector: un empleo profesional y bien formado, o la contratación de personas “no profesionales”, al carecer de la formación formal específica en este campo, se hace a través del empleo doméstico y el trabajo que realizan suele implicar tanto tareas concretas de cuidado como tareas domésticas, y por último el cuidado familiar tradicional⁶², que como sabemos no es asalariado⁶³.

En este mismo sentido, y con carácter general, alcanzado este punto, recordemos que para que la prestación de servicios quede incluida en el campo de aplicación de la Seguridad social, la misma ha de tener un mínimo de profesionalidad, en la medida en que se permite que el Gobierno puedan excluir del campo de aplicación del Régimen correspondiente de la Seguridad Social, a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida⁶⁴.

Aunque nos parezca desalentador, la realidad es que pasa a menudo, porque en el caso de estas trabajadoras, se han tenido como práctica habitual, considerar su sector como marginal, por ello ni se plantean que su trabajo puede llegar a ser profesional, en cambio, en el Servicio de Ayuda a Domicilio, la ley exige a la cuidadora niveles mínimos de formación. Lo ideal es que cuente con un entrenamiento mínimo de 600 horas en cursos relacionados con las actividades de cuidado que desempeña. En el Régimen Especial de Empleados del Hogar no se exigen estos conocimientos, por lo que el nivel de profesionalidad es distinto en uno y otro régimen.

1. LA PROFESIONALIDAD COMO ELEMENTO CLAVE EN LA PRESTACIÓN DEL TRABAJO POR CUIDADORES NO PROFESIONALES

En la actualidad, con los cambios sociales acaecidos y la externalización de las tareas, las exigencias en cuanto a capacitación de las personas trabajadoras son mayores, y es ahora cuando se empieza a valorar la necesidad de una formación previa, primordialmente en tareas que están relacionadas con los cuidados personales⁶⁵. La práctica que se adquiere mediante la formación profesional, modifica, moldea y enriquece la profesionalidad del trabajador, elemento de reveladora importancia en la relación de trabajo, puesto que resulta inseparable al carácter personalísimo de esta relación. A diferencia de la situación “tradicional” es decir, que las actividades dedicadas al cuidado de hogar y personales eran tradicionalmente desarrolladas por las mujeres del entorno familiar;

⁶⁰ ANDALUCÍA ACOGE: EMPLEADA, ni sirvienta ni criada. Campaña de sensibilización: Revalorización del empleo doméstico. Dossier Informativo, Proyecto Equal Conciliado, 2004-2007.

⁶¹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: Estudio de las necesidades formativas de los profesionales que prestan servicios de atención a la dependencia. IMSERSO, 2007. NOVOTEC: Estudio de las necesidades formativas de los profesionales que prestan servicios de atención a la dependencia, 2007.

⁶² MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: Cuidados a las Personas Mayores en los Hogares Españoles. El entorno familiar. IMSERSO, 2005a. Cap. I: pág. 53.

⁶³ CRESPO LÓPEZ, M. Y LÓPEZ MARTÍNEZ, J.: *El apoyo a los cuidadores de familiares mayores dependientes en el hogar: desarrollo del programa Cómo mantener su bienestar*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. IMSERSO, 2007, pág. 125.

⁶⁴ Artículo 7.6 de la LGSS: “No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores del presente artículo, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y oídos los Sindicatos más representativos o el Colegio Oficial competente, podrá, a instancia de los interesados, excluir del campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social correspondiente, a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida”.

⁶⁵ Notas sobre Auxiliares Domésticas o servicio de Trabajadoras familiares. OIT: *Boletín Oficial* (Ginebra), julio de 1965, Suplemento I, págs. 19 y 20.

actividad que era aprendida de generación en generación, adquiriendo de esta forma los conocimientos necesarios para desempeñar estas tareas, ahora se quiere cada vez más, “un profesional”⁶⁶. En realidad, lo que esto parece indicar, es que la tendencia actual va en la dirección de seleccionar personas más productivas⁶⁷.

Pero en este sentido, cuando procedemos a analizar en profundidad, la legislación existente en relación con la profesionalidad de estos trabajadores, observamos que ante las carencias y lagunas existentes, la doctrina judicial ha optado por excluir del concepto de trabajadores al servicio del hogar familiar a profesionales cualificados, por su “*tipicidad y especialización*”, salvo que no lleven a cabo tareas especializadas o no sólo especializadas⁶⁸.

Por ello no podemos olvidar la importancia que hoy día tienen los sistemas de cualificaciones profesionales, que debe principalmente potencializar y ampliar mejoras relativas a la cualificación y formación profesional de la población activa⁶⁹, es decir impulsar nuevas formas de aprendizaje⁷⁰, articular todas las diversas formas del mismo con su regulación, reconocimiento oficial y valoración, estimular el aprendizaje permanente, mejorar el vínculo entre el mundo de la educación-formación y el mundo del trabajo, y proporcionar transparencia al intercambio de oferta y demanda de cualificaciones en el mercado laboral.

Pero en un contexto social como el actual, todo lo anterior podría considerarse una meta de difícil realización, ya que a pesar de lo recurrente de la igualdad de oportunidades, no es en este sector lo habitual la formación adicional de conocimientos por parte del empleador; ya que desde la escasa valoración social que se concede a este trabajo y a las personas que lo realizan, no entra dentro de sus expectativas. Todo ello, entendemos que se da por la ambigüedad que rodea a este tipo de trabajo, como forma de empleo o profesión, por lo que de *lege refenda* debería considerarse valorar la cualificación y el mérito de las tareas concretas para las que son contratadas y todo ello porque utilizando palabras de Valdés de la Vega, debemos deslindar lo que puede entenderse como concepto de profesionalidad, de aquello otro que constituye su tutela. Desde este punto de vista, la profesionalidad hace referencia a lo que es propio de la persona del trabajador, y que sirve para la realización de la actividad laboral⁷¹.

Comprende, por tanto, todo aquello que el trabajador posea como suyo y precise para efectuar el trabajo, por lo que, dependiendo de cuál sea este, el contenido técnico concreto de la profesionalidad de cada trabajadora variara, será diferente en función de la rama de actividad y especialidad de que se trate. Se debe resaltar, no obstante, que este contenido variable no debe impedir la delimitación de unas notas definitorias del concepto de profesionalidad⁷².

⁶⁶ La normativa que regula actualmente los certificados de profesionalidad es el R.D. 34/2008, de 18 de enero.

⁶⁷ El certificado de profesionalidad es el instrumento de acreditación oficial de las cualificaciones profesionales del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales en el ámbito de la Administración laboral, que acredita la capacitación para el desarrollo de una actividad laboral con significación para el empleo y asegura la formación necesaria para su adquisición, en el marco del subsistema de formación profesional para el empleo regulado en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo.

⁶⁸ Así no los considera empleados de hogar si realizan tareas sanitarias especializadas (STCT de 25 de noviembre de 1977, As.5917, 5 de febrero de 1985, Ar.766, 1 de julio de 1987, Ar.5052), salvo que además de las funciones de ATS realicen funciones no circunscritas a las técnicas, propias de su profesión, sino cuantas abarca el cuidado de las personas de las que se hace cargo numerosas sentencias del TCT y STSJ Cantabria de 27 de julio de 1991, As.4489, Baleares de 16 de junio de 1994, Ar.2618). Véase CUEVA PUENTE, C., *La relación laboral especial de los empleados de hogar...* op. cit., págs. 174-175.

⁶⁹ Sirva como ejemplo: http://www2.sepe.es/ssgfo/FormacionOcupacional/Documentos/ProgCursosNuevas/SSCD10_p.pdf (consultado el 11/06/2018).

⁷⁰ D'IRIBARNE, A. (1996): “Una lectura para los paradigmas del Libro blanco sobre la educación y la formación”, *Revista europea de formación profesional*, 8-9, págs. 24-32.

⁷¹ En el presente estudio, el concepto de “*desarrollo de las competencias profesionales*” se entenderá en un sentido amplio, conforme con los términos de las Conclusiones sobre la formación y el desarrollo de los recursos humanos (OIT, 2000a, párrafo 5), que abarca la enseñanza básica, la formación inicial y el aprendizaje a lo largo de toda la vida.

⁷² VALDÉS DE LA VEGA, B. *La profesionalidad del trabajador...* op. cit., pág. 18.

En los tiempos de crisis en los que nos seguimos encontrando, se habla mucho de la formación que ha de aportar todo trabajador para optar a un puesto de trabajo⁷³, pero a la hora de elegir una persona que se ocupe de nuestro familiar dependiente, entendemos que lo primero que deberíamos tener en cuenta son las necesidades que tenemos, ya que deben existir perfiles profesionales de estos servicios distintos, según estén dedicados a unas actividades u otras (cuidado de niños, cuidado de personas mayores, o exclusivamente la realización de las tareas del hogar).

VII. A MODO DE REFLEXIÓN

El cuidado de las personas dependientes se ha basado en el trabajo “callado” de las mujeres, sobre todo. Los cambios experimentados tanto en la sociedad como en el modelo de familia hacen necesario que esta situación varíe en el futuro. Y aun siendo conscientes de que, en primer lugar, si bien el cuidado es principalmente femenino, no es sólo una cuestión de mujeres, y en segundo lugar, aunque el cuidado es principalmente una cuestión de familia, no debería ser únicamente una cuestión familiar, sino un asunto que nos preocupe a toda la sociedad. Hombres y mujeres, familia y sociedad, son todos elementos integrantes de este gran reto que supone atender a las personas dependientes que necesitan ayuda en las distintas actividades del día a día.

El cuidado informal sigue representando, en el momento actual, el primer recurso asistencial de atención a las personas dependientes. Este hecho comporta diversas connotaciones que se deben tener en cuenta a la hora de generar y promover normativas encaminadas al desarrollo del estado del bienestar, donde uno de los objetivos primordiales consiste en la mejora de la calidad de vida de la población, aportando recursos en aquellos casos donde las personas se vean privados de su autonomía y de sus habilidades necesarias para su desarrollo personal.

El panorama actual pone de manifiesto que la figura de la cuidadora familiar o no profesional sigue siendo la principal responsable de la atención de las personas dependientes, con todas las consecuencias que este hecho conlleva para ellas, pues el cambio social producido a finales del siglo pasado, donde la mujer paso a formar parte de forma más activa y generalizada en el ámbito laboral puso en crisis el sistema de cuidados tradicional, debido a la incompatibilidad de llevar a cabo ambas tareas. Pese a ello, sigue siendo la mujer la que se encarga de prestar cuidados en la mayor parte de los casos del enfermo dependiente, por lo que se ve obligada a compaginar tareas laborales y familiares de cuidado al mismo tiempo o, en el peor de los casos, a abandonar su vida profesional.

La tercera edad es un sector que va aumentando cada vez más debido a la esperanza de vida de estas personas, es por ello por lo que la demanda de cuidados hacia los mismos, va progresando consecutivamente. Actualmente, en lo referente a la intervención del trabajo social con los cuidadores no profesionales, la política social que se encarga de atender a dicho colectivo es la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, la cual ofrece una serie de servicios como Teleasistencia, SAD, Centro de Día, Centro de Noche, atención residencial y prestaciones económicas de distinta índole. Aparentemente es deficitaria porque debido al aumento de personas dependientes y a la actual crisis económica por la que atravesamos, la Ley no tiene cobertura suficiente para atender a todas las personas dependientes, provocando largas listas de espera y situaciones precarias para los cuidadores, por lo que sería un tema interesante seguir investigando sobre la posibilidad de que las empleadas de hogar puedan realizar estas tareas con la formación adecuada. Por consiguiente, las políticas sociales deberían ir experimentando cambios ya que son estas las que deben adaptarse a las necesidades de la población y no al contrario.

Para finalizar, a nuestro juicio, nada se lograría si un sistema, por ser mejor, fuera menos asequible para el usuario y su familia o menos justo para las cuidadoras no profesionales. Las complicaciones legales, burocráticas o económicas dificultan muchas veces el acceso de los usuarios

⁷³ Véase, DELCOURT, J. (1999). El artículo puede consultarse en <http://www.trainingvillage.gr>, Página elaborada por CEDEFOP (Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional). Se constituye como una página interactiva denominada: pueblo europeo de la formación.

al Servicio de Ayuda a Domicilio y presentan el Sistema Especial de Empleados del Hogar como la alternativa, no mejor ni peor, pero viable. Esto también habría que revisarlo y cambiarlo por vía de la simplificación, la flexibilidad y la reducción de costes, porque un sistema que tienda a eliminar obstáculos ya que entendemos que la clave está en tomar la flexibilidad del Sistema Especial de Empleados del Hogar y sumarle la formalidad y la legalidad del Servicio de Ayuda a Domicilio en una dinámica de complementariedad y unificación de la gestión.

CAPÍTULO XXII. LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN TRABAJADORAS EMBARAZADAS Y EN SITUACIÓN DE LACTANCIA NATURAL: UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL

ELISA SIERRA HERNÁIZ

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

I. INTRODUCCIÓN

La regulación del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) es la norma marco de referencia en el ordenamiento jurídico español para reconocer las prestaciones de la seguridad social por riesgo por embarazo y riesgo por lactancia natural. Ello es debido a que el acceso a dichas prestaciones viene condicionado por el cumplimiento de lo establecido en dicho precepto, que contiene una regulación compleja, tanto por las obligaciones que establece para el empresario en materia preventiva como por las fases de cumplimiento de las mismas¹. Hay que tener en cuenta, además, que el hecho de que una trabajadora esté embarazada o en situación de lactancia natural no implica la aplicación automática del artículo 26 sino que la misma está condicionada a la existencia de un riesgo específico para este colectivo de trabajadoras especialmente sensibles. Es precisamente este requisito –acreditar la existencia de un riesgo específico, no solo genérico– el que genera en la actualidad los mayores problemas en el reconocimiento de las prestaciones de seguridad social, puesto que la suspensión del contrato de trabajo es, en palabras de los Tribunales, una medida subsidiaria o de segundo grado, que solo procede ante la imposibilidad acreditada de manera objetiva de que no ha sido posible cumplir con las previsiones legales del artículo 26 LPRL².

Por ello, considerando los sujetos protegidos, los bienes jurídicos y los derechos fundamentales en juego, no solo la integridad física de la madre, del feto o la atención del recién nacido sino también el derecho a no ser discriminada por razón de sexo de la trabajadora, se hace indispensable que el empresario identifique, dentro de su obligación genérica de evaluación de los riesgos, qué riesgos específicos existen en cada puesto de trabajo concreto y la exposición de las trabajadoras a los mismos. En este contexto, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 19 de octubre de 2017, asunto C-531/15, Caso Otero Ramos, es especialmente relevante, ya que se condena precisamente el no haberse evaluado e identificado el riesgo específico del puesto de trabajo, lo que supone, a su vez, la vulneración del derecho comunitario de la igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo.

Pues bien, los Protocolos de actuación para la prevención de riesgos laborales de trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia natural de las empresas pueden convertirse en un elemento clave a la hora de dar cumplimiento a las obligaciones empresariales establecidas en el artículo 26 LPRL dada su cercanía a la realidad y necesidades de cada empresa o centro de trabajo, lo que les

¹ Véase al respecto la STS, 7 de abril de 2014, RJ 2014/3750 en la que se señala: “*Se trata de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto de trabajo compatible con la situación de la lactante*”.

² Entre otras muchas, la STSJ de Madrid, de 30 de enero de 2017, AS\2017\133.

permite no solo evaluar e identificar los riesgos específicos sino facilitar el cumplimiento de las fases previstas en el artículo 26 LPRL para garantizar, en su caso, el correcto acceso a las prestaciones de la seguridad social y evitar, a su vez, posibles situaciones de discriminación por razón de sexo.

II. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMUNITARIO Y EL ARTÍCULO 26 LPRL: LA NECESIDAD DE EVALUAR E IDENTIFICAR EL RIESGO ESPECÍFICO COMO CONTENIDO ESENCIAL DE LA OBLIGACIÓN EMPRESARIAL RESPECTO A ESTE COLECTIVO DE TRABAJADORAS

La Directiva comunitaria 92/85/CEE, del Consejo del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (LCEur 1992, 3598), es la norma marco de referencia en este tema. Para el legislador comunitario, el empresario, dentro de su política preventiva de la empresa, tiene la obligación de evaluar tanto los riesgos genéricos como los específicos, de carácter físico, químico y biológico, incluidas las cargas físicas y mentales, para el embarazo o la situación de lactancia natural de la trabajadora. Una vez identificados y evaluados los riesgos, se establece, en primer lugar, las obligaciones de adaptación provisional; en segundo lugar, el cambio de puesto de trabajo y, finalmente, el derecho a una dispensa de trabajo ante la imposibilidad de aplicar dichas medidas (artículos 1, 3, 4 y 5.3 de la Directiva 92/85). La regulación de esta Directiva se ve completada con la Comunicación de la Comisión COM (2000) 466 final, rectificada por COM (2000) 466 final/2, sobre las Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud y la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo, LCEur 2000, 3080)³.

Respecto del derecho español, el artículo 26 LPRL obliga al empresario a evaluar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras embarazadas natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pudieran afectar negativamente a su salud en cualquier actividad que puedan presentar un riesgo específico y también identificar los puestos de los puestos de trabajo exentos de riesgos para proceder al cambio de la trabajadora. Solo en el caso de que no sea posible el cumplimiento de estas obligaciones se procederá a la suspensión del contrato de trabajo. A su vez, el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, BOE, de 7 de marzo, traspone los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE al derecho español. En cuanto a la situación de lactancia natural, la regulación es idéntica, salvo que se exige el certificado médico para la aplicación de todas las fases del procedimiento del artículo 26, incluida la adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo. También los riesgos específicos pueden ser distintos, principalmente de tipo químico frente a los físicos o ergonómicos de la maternidad. Con todo, la mayor diferencia que se planea en la actualidad entre ambos estados es determinar si el tiempo de trabajo y su ordenación, fundamentalmente el trabajo a turnos y las jornadas de doce horas, suponen un riesgo psicosocial de carácter específico que tiene que ser evaluado por el empresario, sin que hasta el momento la interpretación de los Tribunales hayan proporcionado una solución definitiva⁴.

Por lo tanto, la evaluación de los riesgos específicos habrá de realizarse teniendo en cuenta la realidad de cada empresa, las funciones que se tienen que desempeñar y el supuesto de hecho en el que se encuentre la trabajadora, no sirviendo regulaciones genéricas dado los intereses jurídicos en juego. Es aquí donde los Protocolos de actuación pueden tener un papel fundamental a la hora de fijar qué riesgos específicos pueden existir; las medidas preventivas a adoptar y, en su caso, a qué puestos de trabajo puede ser destinada la trabajadora antes de proceder, en su caso, a la suspensión del contrato de trabajo.

³ Sobre la regulación del derecho comunitario sobre esta materia véase: LÓPEZ RUBIA, E: *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 63 y ss.

⁴ SIERRA HERNÁNIZ, E: *Prevención de riesgos laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 87 y ss.

III. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA RESPECTO DE LA EVALUACIÓN DE LOS RIESGOS ESPECÍFICOS PARA TRABAJADORAS EMBARAZADAS O EN SITUACIÓN DE LACTANCIA NATURAL

1. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. EL CASO OTERO RAMOS, ASUNTO 531/15

En su pronunciamiento de 19 de octubre de 2017, Caso Otero Ramos, asunto C-531/15, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TSJE) analizó la situación de una trabajadora española a la que se le denegó la prestación de la seguridad social por lactancia natural⁵. El Tribunal entiende, en la primera cuestión prejudicial que se le plantea, que la falta de evaluación específica de los riesgos de un puesto de trabajo para las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia natural para concretar si existe exposición a algún tipo de riesgo es un supuesto de trato menos favorable y, por lo tanto, una discriminación directa por razón de sexo, en concreto por lo que se refiere a sus condiciones o tiempo de trabajo, que incluye tener que adaptar o cambiar el puesto de trabajo o reconocer una dispensa, dependiendo de cada supuesto de hecho en aplicación del Artículo 4.1 de la Directiva 92/85; de las Directrices contenidas en la Comunicación de la Comisión COM (2000) 466 final y de la Directiva 2006/54/CE (LCEur 2006, 1696) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Por lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta, relativas a quién corresponde la carga de la prueba, el Tribunal establece que la trabajadora tiene que aportar hechos o elementos que “*permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta* -sentencia de 21 de julio de 2011, Kelly, C-104/10, EU:C:2011:506, apartado 29-“. Ello supone demostrar que la evaluación de los riesgos no se realizó conforme a lo establecido en la legislación vigente para que pueda aplicarse la inversión de la carga de la prueba. En este caso concreto, el Órgano judicial entiende que la trabajadora sí que aporta indicios suficientes –“*un escrito firmado por su superior jerárquica directa, la jefa de servicio de la unidad de urgencias del CHU, parece indicar de manera motivada que su puesto de trabajo presenta riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la lactancia natural*”- sin que quien deniega su solicitud motivase suficientemente el porqué de la misma. En palabras del Tribunal:

“En estas circunstancias, es preciso observar que, a priori, el escrito presentado por la Sra. Otero Ramos constituye un elemento de prueba que puede demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no incluía un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual. Por ello, corresponderá al demandado demostrar que el puesto está exento de riesgo y que la trabajadora es apta para el desempeño de las funciones que le correspondan. En este sentido, el empresario deberá demostrar que la evaluación del riesgo específico cumplió con la legislación vigente para evitar la existencia de una discriminación por razón de sexo”.

Para el TJUE no estamos ante una presunción *iuris et de iure* por lo que la trabajadora deberá aportar indicios de que la adaptación o el cambio de puesto de trabajo no era factible conforme a lo previsto en artículo 4 de la Directiva 92/85 y, si es así, el empresario deberá acreditar que las medidas previstas en el artículo 5 de la Directiva 92/85 eran técnica u objetivamente posibles y que se podían exigir razonablemente.

En cuanto a la recepción por parte de los Tribunales de justicia españoles hasta el momento la interpretación del TJUE se ha aplicado para dos supuestos de prestación de riesgo por lactancia natural, considerando que las demandantes aportan indicios suficientes, conforme a lo establecido en la doctrina del TJUE, esto es, que prueban la existencia de riesgos específicos, tanto físicos, como

⁵ Un análisis de este pronunciamiento del TJUE y su importancia se realiza en ALONSO-OLEA GARCÍA, B. “La protección de la lactancia natural: las consecuencias que se derivan de una evaluación del riesgo incorrectamente practicada. Comentario de la STJUE de 19 de octubre, Otero Ramos (C_531/15)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum. Estudios de Doctrina Judicial*, nº 14, 2018, pp., 143 y ss.

químicos, biológicos y psicosociales, relevantes para la lactancia natural en relación al puesto de trabajo, por lo que procede la inversión de la carga de la prueba. También en ambos casos se analiza como supuestos de discriminación por razón de sexo.

En primer lugar, la sentencia del TSJ de Galicia, de 8 de noviembre de 2017, AS\2017\2051, resuelve una demanda de una trabajadora ATS/DUE del Servicio de Urgencias hospitalarias de Galicia, con trabajo a turnos, a la que se le deniega la prestación. En su decisión, el Tribunal tiene en cuenta que existía un escrito de la Jefa del servicio de la unidad de urgencias en el que constata la existencia de riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales. En contra, un Informe del Servicio de medicina preventiva consideraba Apta a la trabajadora al no existir riesgo para la lactancia. El Tribunal entiende que con el Informe del servicio de urgencias procede la inversión de la carga de la prueba, teniendo en cuenta quién emitió el informe –la Jefa del servicio- como su contenido –detalle minucioso de las condiciones de trabajo de la trabajadora y de cómo éstas pueden afectar a la situación de lactancia natural-. Para el Tribunal: *“aunque no podamos apreciar la existencia de una prueba plena de la discriminación por razón de sexo, sí existe cuando menos un indicio suficiente para poder sospechar de la existencia de una tal discriminación que, como tal indicio, las partes demandadas pueden invalidar acreditando que no ha habido ninguna conducta por su parte de discriminación por razón de sexo”*. Por el contrario, las partes demandadas se limitan a aportar informes –Apta para el trabajo- sin justificar su decisión, lo que evidencia el incumplimiento del derecho comunitario europeo a la hora de evaluar los riesgos. A su vez, tampoco se aportan pruebas que demuestren la posibilidad de adaptar las condiciones de trabajo o la existencia de puestos de trabajo compatibles.

En segundo lugar, la sentencia del Juzgado de lo social de Barcelona, de 14 de noviembre de 2017, AS\2017\1995, analiza la demanda de una conductora de ambulancia que presta sus servicios en jornadas de 12 horas, de 9 a 21 horas, identificándose como riesgos específicos la exposición a agentes biológicos; cargas físicas y posturales; ruido, y agentes químicos. La prestación le fue denegada por la Mutua al entender que no quedó acreditada la existencia de riesgos específicos. El Tribunal reconoce el derecho a la prestación aplicando la inversión de la carga de la prueba, ya que la Mutua no motivó mínimamente su resolución de denegación frente a los dos certificados, uno de la empresa y otro del propio servicio de prevención de la empresa, que afirmaban la existencia de riesgo que podían afectar al estado de la trabajadora y la imposibilidad de cambio de puesto de trabajo⁶.

2. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES RESPECTO DE LA CONCURRENCIA DE UN RIESGO ESPECÍFICO

La mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales que deniegan las prestaciones de riesgo por embarazo o lactancia natural es debido a que no queda suficientemente acreditado la existencia de un riesgo específico⁷. Así, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Asturias, en su fallo de 29 de junio de 2017, JUR\2017\200187, confirma la sentencia del juzgado de lo social que denegó la prestación por riesgo durante el embarazo a una enfermera de hospitalización que solicitaba el reconocimiento de la prestación con carácter automático a partir de la semana doce de gestación, puesto que no se acreditó la existencia de un riesgo específico para su salud o la del feto, recordando que no es suficiente una identificación genérica del riesgo específico sino que habrá que concretar el grado, naturaleza y exposición de la trabajadora al mismo.

⁶ Textualmente el fallo reproduce el Informe del Servicio de Prevención que señaló: *“1.- La lactancia materna constituye una de las posibles vías de transmisión de enfermedades infecciosas. En consecuencia, aquellas actividades que impliquen contacto con pacientes afectados por estas enfermedades, especialmente con sus fluidos biológicos (sangre, vómitos, esputo...), implican un riesgo de contagio para la madre y, vía lactancia materna para el lactante”. 2.- Para mantener la lactancia materna es necesario que se puedan realizar tomas o extracciones de leche de forma regulador durante la jornada. Aquellas actividades que impliquen largos periodos en los que no se puede realizar toma o extracción láctea, es posible que deriven una inhibición progresiva de la lactancia”*.

⁷ La necesidad de la identificación del riesgo específico caso por caso para la aplicación del artículo 26 LPRL es un requisito exigido por los Tribunales españoles anterior al pronunciamiento del TJUE. Véase al respecto, entre otras, las STS, de 22 de noviembre de 2011, RJ 2012\1467 y de 21 marzo de 2013, RJ 2013\382.

En parecido sentido, la STSJ de Madrid, de 24 de abril de 2017, AS\2017\888, deniega la prestación por riesgo durante la lactancia natural a una vigilante de seguridad al haberse simplemente descrito una serie de posibles riesgos derivados del trabajo a turnos rotatorios, la realización de jornadas de doce horas o la posibilidad de sufrir agresiones sin que se haya acreditado la existencia de un riesgo específico. En palabras del propio Tribunal:

“En definitiva, de tales documentos solamente resultan declaraciones imprecisas que no concretan, como sería necesario, cuáles son exactamente los factores de riesgo para la salud de la madre o el hijo, extremos que según la jurisprudencia han de quedar debidamente acreditados (...) debiendo tratarse de “agentes, procedimientos o condiciones de trabajo” que deben derivar directamente del puesto de trabajo”.

Finalmente, el TSJ de Madrid, en su pronunciamiento de 31 de marzo de 2017, AS\2017\767, rechaza el reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia natural a una educadora que trabajaba en un centro de menores en situación de exclusión social y con problemas de conducta, entendiéndose que:

“el plan de prevención ya advierte sobre la existencia de medidas correctivas que impiden la aparición de los riesgos biológicos, de agresión y el contacto con sustancias tóxicas, sin que el puesto de educador provoque un riesgo biológico para la lactancia, no constando el agotamiento de las posibilidades de cambio o adaptación del puesto de trabajo durante la lactancia, tan es así que el riesgo de contacto biológico por la preparación de alimentos o su consumo se evita realizando la actora sus comidas por separado, el riesgo derivado de uso de productos de limpieza se elimina retirando a la actora la participación en dichas tareas, amén de que se trata de ocupaciones que no constituyen el núcleo de las funciones de un educador, cual se deduce del hecho probado segundo, por lo que, definitiva, coincidimos en que no existe riesgo directo frente a la lactancia en unos casos, mientras que en otros se dan medidas preventivas no agotadas que impiden la aparición de riesgos”.

En cambio, los fallos que reconocen el derecho a las prestaciones de la seguridad social fundamentan su postura sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 26 LPRL. Así, el TSJ de Castilla y León, en su sentencia de 5 de octubre de 2017, JUR\2017\259624, declara la procedencia de la prestación por riesgo durante la lactancia natural por la exposición de una trabajadora que prestaba servicios en control de calidad de Inspección Final-Lavado PER al amoniaco y percloroetileno cancerígeno, al calificarlo como un riesgo específico sin que se pueda evitar o aminorar con medidas preventivas la exposición al mismo de la trabajadora. Para ello, el Tribunal tiene en consideración los criterios de carácter general contenidos las Guías Técnicas del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y los criterios específicos establecidos en los Anexos I y II de la Directiva 92/85.

A su vez, el TSJ de Madrid, en su pronunciamiento de 20 de octubre de 2017, JUR\2017\300292, reconoce la prestación por riesgo durante el embarazo a una trabajadora ayudante de charcutería al identificar como riesgos específicos la manipulación manual de cargas, contacto con carne cruda, bipedestación prolongada, esfuerzo físico y exposición a ruido. Para concluir, la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 7 de marzo de 2017, JUR\2017\148333, reconoce como riesgo específico para la lactancia natural la realización de jornadas prolongadas y trabajo nocturno de una enfermera del Servicio de emergencias sanitarias al considerar que este horario de trabajo es inadecuado para la alimentación regular del lactante, ya que el trabajo de la madre era incompatible con la toma directa sin que pudiera garantizarse una correcta extracción y conservación de la leche materna teniendo en cuenta las particulares circunstancias en las que la trabajadora tiene que prestar los servicios.

IV. EL PAPEL DE LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS Y EN SITUACIÓN DE LACTANCIA NATURAL

1. DELIMITACIÓN DEL PAPEL DE LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 26 LPRL

La negociación colectiva y los planes de igualdad como manifestación de la misma pueden desempeñar un rol fundamental a la hora de aplicar el artículo 26 LPRL en relación a varias cuestiones. A modo de ejemplo, en primer lugar, delimitando los poderes empresariales, en aquellos aspectos en los que existe un mayor margen de discrecionalidad para el empresario, sobre todo a la hora de decidir si procede la adaptación del puesto de trabajo o bien hay que cambiar a la trabajadora del mismo, ayudando al empresario a cumplir con su deber de seguridad y señalando las posibles causas que pueden justificar el empresario la imposibilidad de cumplir con las distintas fases del artículo 26 LPRL. En segundo lugar, puede identificar los factores de riesgos específicos y también los puestos de trabajo exentos de los mismos en los que la trabajadora puede prestar servicios. En tercer lugar, puede adaptar a las características propias de la empresa los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo susceptibles de influir negativamente en la salud de las trabajadoras. Y, en cuarto lugar, puede diferenciar claramente los riesgos específicos del embarazo y la lactancia natural, fundamentalmente en relación con los riesgos psicosociales relacionados con el tiempo de trabajo⁸.

Pues bien, poco a poco, en el contenido de los convenios colectivos pero más en el de los planes de igualdad se van incorporando protocolos de actuación para la protección de la salud de las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia natural que de alguna manera pretenden regular las cuestiones planteadas en el párrafo anterior⁹. En este sentido, su correcta regulación puede suponer dotar de garantías a la regulación del artículo 26 LPRL, identificando los riesgos específicos y proporcionando al empresario un protocolo que le permita la correcta aplicación del procedimiento establecido en dicho precepto, no solo para cumplir con su deber de seguridad sino también para evitar una condena por vulneración del derecho fundamental de la trabajadora a no ser discriminada por razón de sexo, cuestión de capital importancia tras el caso Otero Ramos.

2. ANÁLISIS DE SU CONTENIDO

En primer lugar, es posible encontrar regulaciones que incorporan la perspectiva de género en la elaboración de los planes de prevención, prestando especial atención a la identificación, evaluación y prevención de riesgos laborales que puedan implicar un riesgo específico para este colectivo de trabajadoras, estableciendo pautas para su eliminación o control, incluyendo la elaboración de un listado de trabajos exentos de riesgo que facilite la aplicación del artículo 26 LPRL y un protocolo de actuación para la correcta aplicación de las previsiones legales¹⁰. Otros planes de igualdad incluso prevén un seguimiento de cuántas veces se ha tenido que adaptar el puesto de trabajo, las condiciones y tiempos de trabajo o el cambio, incluidas las suspensiones¹¹. También se plantea como acción a revisar el factor sexo en las evaluaciones de riesgo de los puestos de trabajo y en las pruebas

⁸ SIERRA HERNÁNIZ, E: *Prevención de riesgos laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural*, op. cit, pp., 93 y ss.

⁹ Aunque también es cierto que la regulación de muchos convenios colectivos y planes de igualdad se limitan a incorporar la perspectiva de género sin regulación alguna –Plan de igualdad del Banco Sabadell. BOE, de 11 de agosto de 2017- o realizar acciones de seguimiento de la aplicación del artículo 26, de sus riesgos identificados y de las medidas preventivas establecidas, sin especificar nada más –Plan de igualdad del Centro de Seguros y Servicios, Correduría de Seguros El Corte Inglés. BOE, de 19 de enero de 2017 y Plan de igualdad de Seguros El Corte Inglés, Vida, Pensiones y reaseguros, BOE, de 27 de marzo de 2017. En otros casos simplemente no existe regulación al respecto –Plan de igualdad de Sertego Servicios Medioambientales, SLU. BOE, de 25 de enero de 2018 o Plan de igualdad de Enviser Servicios Medioambientales, SA. BOE, de 1 de febrero de 2018.

¹⁰ Entre otros, el Plan de igualdad de Actren Mantenimiento Ferroviario, SA. BOE, de 11 de abril de 2017 y el Plan de igualdad de Serveis Integrals Lafuente, SL. BOE, de 16 de mayo de 2017.

¹¹ Plan de igualdad de Setex Aparki, SA. BOE, de 11 de abril de 2017.

prácticas de los procesos de selección¹² o se comprometen a elaborar el Protocolo de actuación en esta materia¹³. Finalmente, hay regulaciones genéricas que no ayudan a la correcta implantación del artículo 26 LPRL¹⁴:

“El Comité de seguridad e Higiene trabajará en coordinación con el Comité de Igualdad para informar anualmente de las medidas adoptadas respecto a la prevención de riesgos vinculadas con el embarazo o lactancia y revisarán anualmente los actuales documentos y protocolos existentes al respecto”.

En segundo lugar, existen regulaciones que se adecúan mejor a las finalidades perseguidas por el artículo 26 LPRL. Así, el Plan de Igualdad de Comedores colectivos de Celis, SL. BOE, de 14 de junio de 2017 dentro de los objetivos del Área de salud laboral establece que:

“6. Área de salud laboral. Objetivos. 1. Eliminar cualquier tipo de acción o práctica que sponga discriminación, directa o indirecta, y produzca menoscabo en los salarios de las mujeres. Medidas. a) Elaborar y difundir el protocolo de actuación por riesgo de embarazo y lactancia natural recogido en el artículo 26 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL). b) Mantener la evaluación de los riesgos por embarazo y lactancia natural y elaborar un catálogo de puestos exentos de los mismos. c) Considerar las variables relacionadas con el sexo en los sistemas de recogida y tratamiento de datos”.

Otro ejemplo es el Plan de Igualdad de Fidelis Servicios Integrales, SLU. BOE, de 25 de mayo de 2018, que regula los trámites administrativos para solicitar la prestación económica por riesgo por embarazo: *“La empresa se compromete a solicitar a la Mutua el protocolo de actuación que tiene establecido en relación con la semana de embarazo en la que es aconsejable solicitar la prestación económica de riesgo durante el embarazo, dependiendo del puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora embarazada. Una vez que la Mutua facilite la información se entregará a la representación del personal y a las trabajadoras”.* A su vez, el Plan de igualdad para el colectivo del personal de tierra de Iberia LAE, SA-Operadora SU, BOE, de 25 de mayo de 2018, en el punto 5, establece una serie de precisiones sobre el procedimiento de aplicación del artículo 26 LPRL.

“Punto 5. Mantener la protección del embarazo y la maternidad a través de la seguridad y salud en el trabajo. Seguir tramitando mediante la ficha TES (Trabajador Especialmente Sensible, según el Art. 23 de la Ley de Prevención) y en caso de no tener un puesto alternativo seguro, gestionar la prestación por riesgo para el embarazo/lactancia; Mantener actualizado el listado de puestos «seguros» para embarazadas/lactantes; Revisar y difundir el procedimiento de actuación de la empresa en las situaciones de riesgo por embarazo”.

Un ejemplo de buenas prácticas es posible encontrar en el Plan de igualdad de Servicios Securitas, SA, BOE, de 12 de abril de 2018 que regula esta cuestión desde una vertiente promotora del principio de igualdad sustancial, aunque no establece medidas concretas y precisas:

“incorporar la perspectiva de género en la evaluación de riesgos laborales, a través de evaluaciones periódicas de riesgos laborales para que se valoren los factores que en la actualidad puedan condicionar acceso de las mujeres en situación de embarazo o lactancia a determinados puestos de trabajo”.

Finalmente, muchos Planes de igualdad se limitan a regular la protección de la maternidad y de la lactancia natural como causa de discriminación directa e indirecta pero no contienen regulaciones en materia preventiva¹⁵ o garantizan el principio de igualdad salarial para las trabajadoras a las que se les

¹² Plan de igualdad de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda. BOE, de 10 de mayo de 2018.

¹³ Plan de igualdad de CESCE, SA. BOE, de 2 de enero de 2017 –se olvida de la lactancia natural- o Plan de Igualdad de Sidenor Aceros Especiales, SL, Sidenor Investigación y Desarrollo, SA y Sidenor Forgings & Castings, SL. BOE, de 10 de mayo de 2018.

¹⁴ Plan de igualdad del grupo de empresas AstraZeneca Farmacéutica Spain, SA. BOE, de 13 de febrero de 2018. En parecido sentido, Plan de igualdad de Telefónica Audiovisual Digital, SLU, DTS Distribuidora de Televisión Digital, SA, y Compañía Independiente de Televisión, SL. BOE, de 30 de mayo de 2017.

¹⁵ Plan de Igualdad SOCAMEX, SAU. BOE, de 19 de enero de 2018 y Plan de igualdad de URBASER, BOE, de 1 de febrero.

aplique el artículo 26 LPRL¹⁶, sin entrar a regular la aplicación de aspectos concretos de dicho precepto.

V. CONCLUSIONES

El papel de la negociación colectiva a la hora de regular la aplicación del artículo 26 LPRL puede ser fundamental puesto que, tras el caso Otero Ramos, la ausencia de regulación de los riesgos específicos a los que puede quedar expuesta la trabajadora puede suponer no solo un incumplimiento empresarial del derecho de la trabajadora a su correcta protección en materia preventiva sino también la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminada por razón de sexo.

En este contexto, los Protocolos de actuación para la prevención de riesgos laborales de trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia natural que poco a poco van apareciendo dentro del contenido de los planes de igualdad supondría garantizar el correcto cumplimiento de ambos derechos, ya que pueden ser un instrumento adecuado para identificar los riesgos específicos a los que pueden quedar expuestas este colectivo de trabajadoras y establecer las medidas preventivas más adecuadas. Su cercanía a la realidad de las condiciones laborales permitiría, a su vez, identificar y diferenciar los riesgos específicos para el embarazo y la lactancia natural, lo que ayudaría a evitar situaciones como la que se plantea en la actualidad respecto si procede calificar la regulación del tiempo de trabajo como un riesgo específico de carácter psicosocial en el caso de la lactancia natural dada la ausencia de un criterio único en la interpretación de los Tribunales, teniendo en cuenta que cada vez son más los colectivos de trabajadoras que demandan la prestación por riesgo por lactancia natural –enfermeras, médicas, vigilantes de seguridad- ante la incompatibilidad de los horarios laborales con el de las tomas de leche materna. Otro aspecto que los Protocolos podrían regular es la correcta aplicación de las fases previstas en el artículo 26 LPRL, incluida la identificación de los puestos libres de riesgos y las causas organizativas o de producción que podría alegar el empresario para justificar no cumplir con el procedimiento legalmente establecido.

¹⁶ Plan de igualdad del Banco Sabadell. BOE, de 11 de agosto de 2017.

TÍTULO III. CONCILIACIÓN FAMILIAR DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PONENCIAS

CAPÍTULO I. LA GARANTÍA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN EL DERECHO EUROPEO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CARMEN SALCEDO BELTRÁN

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia¹*

I. LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN NUCLEAR DE LA SOCIEDAD: RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA MULTINIVEL²

A mi modo de ver, la familia es una de las instituciones sociales más relevantes y que ha evolucionado de forma acelerada y variable a lo largo del tiempo. Si bien en sus orígenes esta afirmación podría resultar extraña, al circunscribirla al ámbito privado, claramente se ha podido constatar que su delimitación, naturaleza jurídica, condiciones y efectos se extendían más allá del mismo, precisando una regulación normativa.

En la actualidad su trascendencia es incuestionable en la conformación del Estado y la sociedad. Los debates, no exentos de controversia, son continuos e interdisciplinarios, entre otros, su definición y ámbito³, fruto del surgimiento de familias monoparentales y del mismo sexo, la directa afectación de la globalización –circulación de personas que, a su vez, pueden presentar diferentes nociones-, su ordenación y estructuración con la vertiente de la filiación –que también ha progresado desde la más primitiva, la natural, hasta la más moderna, la polémica maternidad subrogada-, su desenvolvimiento

¹ El presente estudio forma parte de las actividades del Grupo de investigación Internacional “Derechos Humanos y Carta Social Europea” de la *Universidad de Valencia* (GIUV2013-148, directora Carmen Salcedo Beltrán) y del Proyecto de investigación “La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del TJUE” (Ministerio de Economía y Competitividad, convocatoria “Retos”, ref. DER2015-66922-R).

² Principales abreviaturas utilizadas: art. (artículo), CE (Constitución Española), CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), CEDS (Comité Europeo de Derechos Sociales), CSE (Carta Social Europea, para la versión revisada se utilizará la misma incluyendo en concreto esa referencia), SJS (sentencia del Juzgado de lo Social), STS (sentencia del Tribunal Supremo), STSJ (sentencia del Tribunal Superior de Justicia, por defecto Sala de lo social), TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), UE (Unión Europea).

³ Así lo analiza STEW-GUILLEMIN, apuntando que la incidencia de numerosos aspectos sociales, la costumbre, los valores dominantes según la época así como la realidad de que se está ante un término que no es jurídico pone de manifiesto la complejidad que se han encontrado los diferentes ordenamientos y que, por ello, se haya pasado a utilizar más el término *vida familiar*. En *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, Thèse doctorale soutenue le 11 décembre 2017, Droit, Université Côte d'Azur, 2017, accesible en <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01730697/document> (último acceso 20/6/2018) pp. 6 a 24.

en el ámbito laboral o incluso la original caracterización como insoluble y su imperativa superación. Ello ha derivado en la necesidad apuntada dirigida a protegerla en sus diferentes facetas y dotarla de seguridad jurídica tanto entre los que la constituyen como en el orden público en el que se encuadra.

En este sentido, el marco regulador que se ha ido erigiendo es *multinivel*, integrado fundamentalmente por las fuentes nacionales e internacionales⁴. Las primeras tienen un papel relevante, desde el momento en que aparece en la redacción de las normas supremas, en las que es reconocido el derecho a constituir la con la consiguiente asignación de facultades y obligaciones que tienen como objetivo garantizar su efectividad, implicando a todas las administraciones y poderes públicos. A modo de ejemplo, la Constitución francesa así lo establece en el Preámbulo (“10. La Nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo”), la portuguesa en términos similares, que, además dedica expresamente un precepto a ella, el art. 67 (“De la familia. El Estado reconoce la constitución de la familia y asegura su protección) o la italiana en, entre otros, los arts. 29, 31 ó 34.

En esta enumeración también se debe incluir la Constitución española, los arts. 8 y 12 así lo revelan, recogiendo el derecho a fundarla y el respeto de la vida que en torno a ella se desarrolla. Con el objetivo de materializarla, a lo largo de los años se han adoptado toda un conjunto de normas que abarcan prácticamente todas las vertientes jurídicas como consecuencia de su incidencia tanto en las relaciones con el Estado como entre particulares⁵.

Por lo que se refiere a la regulación en el ámbito internacional, ha sido objeto de atención desde diferentes ángulos. Así, la Organización Internacional del Trabajo, ha adoptado convenios y recomendaciones, a modo de ejemplo, el n° 156 Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 23 de junio de 1981 (ratificado el 11 de septiembre de 1985) y la correlativa Recomendación n° 165.

En cuanto a la Organización de Naciones Unidas la menciona y protege expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 16 “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” y arts. 12, 23 y 25), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 7, 10 y 11) y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (arts. 17, 23 y 24) de 1966 (ratificados el 27 de abril de 1977). Destacan las Resoluciones que ha emitido, entre otras, la de 1 de julio de 2015, que tienen el común denominador de su consideración como “(...) el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”⁶.

Con relación a las europeas, se debe atender específicamente a dos, por un lado, la Unión Europea y, por otro lado, el Consejo de Europa. Por lo que se refiere a la primera, brevemente indicaré que son varios los preceptos que aluden a esta materia en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; los arts. 7, 9 y 33, destacando de este último, la garantía en el primer apartado de “(...) la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social” y en el segundo, con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, expresamente atribuye el derecho a toda persona “(...) a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”. Apunto sucintamente que, en las explicaciones a la misma⁷, expresamente se señala que se inspira en el art. 16 de la Carta Social Europea.

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, n° 45, pp. 41 y 42

⁵ Véase en este sentido el Plan Integral de apoyo a la familia 2015-2017, en el que se efectúa, con carácter previo a la fijación de las líneas de actuación, un examen de las fuentes reguladoras y un diagnóstico de su estado en España. En <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/ayudas/docs2013-14/PIAF20152017.pdf> (último acceso 24/6/2018), pp. 1 a 86.

⁶ Consejo de Derechos Humanos 29º período de sesiones, *Protección de la familia: contribución de la familia a la realización del derecho a un nivel de vida adecuado para sus miembros, en particular a través del papel que desempeña en la erradicación de la pobreza y en el logro del desarrollo sostenible*, http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/32/L.35.

⁷ 2007/C 303/02, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=ES).

Numerosas son las directivas que inciden directa o indirectamente, me limitaré a señalar que en estos momentos se está tramitando la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE, con la finalidad de “mejorar el acceso a medidas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional como los permisos o las fórmulas de trabajo flexible, y aumentar la frecuencia con la que los hombres se acogen a permisos relacionados con la familia, favoreciendo así la participación de la mujer en el mercado de trabajo”; en particular, “(...) reforzar las normas mínimas existentes en lo que respecta al permiso parental y a las fórmulas de trabajo flexible, e introducir nuevas normas mínimas en relación con el permiso de paternidad y el permiso para cuidadores”. En la actualidad, el último trámite realizado es el Informe del Comité de Representantes de 15 de junio de 2018⁸.

Como se ha apuntado, existe otra organización europea, el Consejo de Europea, más numerosa y antigua, menos conocida y estudiada que su homóloga, sobre todo si se trata de uno de sus convenios, la CSE, dada la preferencia fácilmente constatable por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que, contiene dos breves menciones al derecho a fundar una familia y al respeto de la vida que pueda conllevar en los arts. 8 y 12.

Por ello, este artículo se va a centrar en la protección a nivel europeo que dispensa aquel Tratado en particular a la familia, en la faceta de la conciliación con la vida laboral, en particular a través de los arts. 16 y 27 (CSE 1961 y CSE versión revisada). En la actualidad se está en presencia del estándar de protección más elevado, no sólo en la materia que será objeto de examen a lo largo de las siguientes páginas sino también en otras⁹, con el aliciente de que esta afirmación se podrá corroborar con el ejemplo de una sentencia de un órgano de primera instancia que le ha dado, de forma ejemplar, efectividad. Esto permite afirmar que los órganos judiciales se erigen en los genuinos garantes de la justicia social¹⁰ y de la posibilidad, además de necesidad, de articular la protección multinivel.

Se está ante la genuina *Constitución Social de Europa*¹¹, que así es como exactamente hay que referirse al Tratado más importante e insisto «*eficaz*» existente en el presente de defensa de los

⁸ Expediente interinstitucional: 2017/0085 (COD), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10055_2018_INIT&from=EN.

⁹ En el año 2013 se emitió la primera sentencia del orden jurisdiccional social que resolvió una demanda favorable (Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 9 de noviembre de 2013) con fundamento en un precepto del Tratado (art. 4.4), la jurisprudencia emitida en torno a la delimitación de su contenido por el CEDS y el control de convencionalidad aludido que legitima el art. 96.1 de la CE, específicamente por lo que se refiere a la duración de un año del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores. Lejos de estar ante un pronunciamiento aislado, le siguieron otras sentencias a lo largo de los años 2014 y 2015, no sólo en asuntos que abordaron el mismo conflicto (entre otras, SJS nº 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014, SJS de Mataró de 29 de abril de 2014, SJS nº 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014, SJS nº 9 de Gran Canaria de 31 de marzo de 2015, SJS nº 2 de Fuerteventura de 31 de marzo de 2015, SSJS nº 1 de Las Palmas de 11 de mayo y 3 de junio de 2015), sino también en otros como la desvinculación de la revalorización pensiones atendiendo al índice de precios al consumo (SJS nº 31 de Barcelona de 8 de junio de 2015, nº 12 de 4 de septiembre de 2015 o nº 3 de La Coruña de 23 de noviembre de 2015) -violación del art. 12.3 de la CSE-, y, la SJS nº 3 de Barcelona de 27 de octubre de 2015, que se analiza en el apartado IV del estudio -incumplimiento del art. 2.1 de la CSE-.

Aunque algunos de los pronunciamientos de primera instancia han sido revocados por la siguiente, más remisa al reconocimiento del efecto “*self-executing*” de los Tratados y, mucho más, de la CSE, durante el año 2016 y principios del 2017 algunos Tribunales Superiores de Justicia han continuado la interpretación, fallando de forma categórica en cuanto a la vinculación al Tratado y su efecto directo, así como a la consideración como “*jurisprudencia*” de los pronunciamientos del CEDS. Es el caso de los del TSJ de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de 28 de enero de 2016 (Rec. 581/2015), 30 de marzo de 2016 (Rec. 989/201), Castilla y León (Valladolid) de 19 de diciembre de 2016 (Rec. 2099/2016) o las más reciente, de nuevo el TSJ de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), de 31 de enero de 2017 (Rec. 1300/2016).

¹⁰ ROMAN, D., «Le juge et la justice sociale», *Délibéré*, 2017, nº 2, pp. 7 y 8, <https://www.cairn.info/revue-deliberec-2017-2-p-6.htm>.

¹¹ Esta referencia se convirtió en el núcleo del *Proceso de Turín*, lanzado por el Secretario General del Consejo de Europa en la Conferencia de Alto nivel que tuvo lugar en esa ciudad el 17 y 18 de octubre de 2014. Puede constatar en las numerosas menciones, entre otras, “*Toutes ces initiatives seront menées à bien pour que la Charte sociale puisse, dans l'intérêt de tous, toujours demeurer la Constitution sociale de l'Europe*” o «*Ce processus serait un pas déterminant pour la relance de la construction européenne car, comme d'aucuns l'ont indiqué de manière emblématique à l'occasion de la Conférence, il est essentiel que l'Europe prenne appui sur les valeurs fondamentales autour desquelles elle a vocation à rassembler les Etats et leurs citoyens – et tout spécialement sur les valeurs de la Charte, cette* (...)»

derechos sociales, caracterización no sólo predicable en España sino también en otros países puesto que recientemente en Grecia se acaba de emitir un pronunciamiento que produce un giro jurisprudencial histórico y sin precedentes de la emitida en materia de despido hasta ese momento, con en el art. 24 de la CSE¹².

Si bien hace años el conocimiento de la normativa internacional podía no ser tan relevante, fruto de que los estándares nacionales eran normalmente más elevados y ésta era un mínimo fácilmente superado, su disminución a niveles inferiores ha supuesto la adquisición de protagonismo, erigiéndose la CSE en “*bastión*” de defensa de los derechos sociales¹³, incluyendo la conciliación de la vida familiar y laboral.

En la medida en que, además, es frecuentemente confundida con la normativa comunitaria, este estudio se dedica, en primer lugar, a proporcionar unas nociones básicas e ubicarla correctamente, dentro del marco europeo y la protección a diferentes niveles existente, ante los ejemplos que se muestran, en los tres poderes que conforman el Estado, que confirmar esta triste situación.

En segundo lugar, se abordará la protección que específicamente proporciona a la conciliación de la vida familiar y laboral por medio de los preceptos aludidos en general y, específicamente en cuanto a la ordenación del tiempo de trabajo, complementados con los pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales emitidos en este sentido (conclusiones y decisiones de fondo).

En tercer lugar, efectuaré un análisis de la trascendental y poco difundida SJS n° 3 de Barcelona de 27 de octubre de 2015 (n° 321/15), como muestra de la “aprehensión integradora de la proyección interna de las fuentes normativas internacionales”¹⁴ por la vía de la complementariedad, legitimada en los arts. 10.2 y 96.1 de la CE y por la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales.

Finalizaré, con el examen de la situación de España en cuanto al cumplimiento del art. 16 de la CSE según las conclusiones que se han emitido, así como los urgentes retos a asumir, entre otros, la ratificación de la versión revisada y el Protocolo de Reclamaciones colectivas de 1995.

II. LA PROTECCIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA TRIPLE DIVERGENCIA ENTRE EL CONSEJO DE EUROPA Y LA UNIÓN EUROPEA

Como se ha apuntado, conocer la protección de los derechos en el plano internacional es fundamental con la finalidad de invocar el cumplimiento a los que los Estados se han comprometido. Es ineludible que esta aprehensión sea generalizada, no sólo a nivel de las instituciones públicas, sino también de los agentes sociales, asociaciones, ONG, defensorías del pueblo, profesionales jurídicos, jueces y magistrados, ciudadanos...

Las dos organizaciones europeas por antonomasia actúan en un escenario coincidente únicamente y de forma parcial en los países que las integran, de forma que los que están en la UE también forman parte del Consejo de Europa –a falta de que Reino Unido finalice totalmente su

«*Constitution sociale de l'Europe*». En *Rapport général de la Conférence à haut-niveau sur la Charte sociale européenne, L'Europe repart à Turin*, <https://rm.coe.int/168048acf9> (última consulta 4/2/2018), pp. 43 y 168.

¹² En particular me estoy refiriendo a la sentencia n° 3220/2017 del Tribunal de Primera Instancia de El Pireo, que concluye de forma contundente que, tras la ratificación de la versión revisada, el despido sin causa es incompatible con el art. 24 de la CSE y, que, a partir de ese momento, los tribunales deberán, en cada supuesto que se les someta, verificar la existencia de un motivo y, en su ausencia, considerarlo como nulo y sin efectos por vulnerar la norma jerárquicamente superior. Versión original en griego, véase la traducción inglesa realizada por PAP, S., DELIYANNI, C., TSIBOUKIS, C. Y GAVALAS, N., “Single-member First Instance Court of Piraeus 3220/2017”, *Lex Social, revista de los derechos sociales*, 2018, n° 2 (en prensa), pp. 1 a 14 y 1 a 7 y el comentario de TSIBOUKIS, C., “Some brief notes on decision n° 3220/2017 of Piraeus’ single-member Court of first instance”, *Lex Social, revista de los derechos sociales*, 2018, n° 2 (en prensa), pp. 1 a 7.

¹³ JIMENA QUESADA, L., “El último bastión en defensa de los derechos sociales: La Carta Social Europea”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2014, n° 29. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5607>, pp. 1 a 19, último acceso 1/4/2018.

¹⁴ JIMENA QUESADA, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 127 a 130.

salida de la primera-. Pero se está ante entidades divergentes, con su normativa específica y con diferente estándar de protección.

Sobradamente conocida la primera, es la segunda sobre la que hay que incidir con frecuencia y, principalmente, en uno de sus tratados, la CSE. Asiduamente se manifiestan las confusiones entre ambas en todos los niveles, entre otros, los medios de comunicación, los gobernantes y partidos políticos o los órganos judiciales.

Pueden identificarse en, entre otras, la STS de 14 de mayo de 2014 (Rec. 1286/2013) que, al hacer referencia a los derechos sociales de la UE, los concreta en los reconocidos “(...) en la Carta Social Europea (Turín 1961) y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE” o en la STSJ de Andalucía/Granada, de 16 de diciembre de 2015 (Rec. 2515/2015), que, al señalar que “la aplicación preferente de los convenios colectivos resulta de los compromisos internacionales adquiridos por España, esencialmente Convenios de la OIT y regulación de la Unión Europea (...)”, ésta es precisada en el artículo 6 de la CSE, sin añadir ningún precepto más.

Si bien se puede decir que, desde el año 2013 se ha progresado en su conocimiento, al haber alcanzado efectividad en ese ámbito, todavía se está lejos de lograrlo, un ejemplo más reciente la STSJ de Aragón de 21 de marzo de 2018 (Rec. 128/2018), que en su fundamento jurídico nº 6 se remite a la declaración de incompetencia del TJUE en el asunto sometido, atendiendo a la normativa comunitaria y a la CSE, obviando que ésta no es objeto de esa actuación al no tratarse del marco jurídico de su competencia.

Semejante situación es visible también en la página web del Congreso de los diputados que en noviembre de 2017 informaba de la aprobación por unanimidad de una iniciativa que insta al Gobierno a ratificar la CSE revisada y el Protocolo de Reclamaciones colectivas, y tanto en el titular (*El Congreso insta al Gobierno a reafirmar el compromiso de España con los derechos sociales fundantes de la Unión Europea*) como en el breve texto que la explica (“(...) y reafirmar el compromiso de España con los derechos sociales fundantes de la Unión Europea (...)”) incurriendo en equivalentes errores¹⁵.

Por ello, brevemente señalaré, que la CSE fue adoptada originariamente en Turín el 18 de octubre de 1961 para, según su Preámbulo, garantizar el goce de los derechos sociales sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social, mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de la población, rurales o urbanas, por medio de instituciones y actividades apropiadas en los países que forman parte del Consejo de Europa.

Es complementaria del CEDH, de forma que, aunque éste es el más importante en cuanto a la protección y garantía de los derechos humanos, tiene considerables carencias respecto a los derechos sociales ya que tan sólo se puede considerar que hay dos preceptos *ad hoc*, los arts. 4, que contiene la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, y 11, sobre la libertad de reunión y de asociación, si bien, en ocasiones, se intenta una interpretación extensiva de otros preceptos para fundamentar demandas de ese ámbito (art. 1 del Protocolo nº 1). Se precisaba de un texto adicional que los ampliara e integrara, más si atiende a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

¹⁵ http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/SalaPrensa/NotPre?_piref73_7706063_73_1337373_1337373.next_page=/wc/detalleNotaSalaPrensa&idNotaSalaPrensa=26409&anyo=2017&mes=11&pagina=1&mostrarvolver=S&movil=null (última consulta 3/2/2018). A ello hay que añadir los datos erróneos, se afirma “(...) solo hay 11 estados del Consejo de Europa pendientes de cumplir este trámite (...)”. De los 43 países que han ratificado la CSE, 34 lo han hecho de la versión revisada, quedando 9 que únicamente lo han realizado de la originaria. Asimismo, de los 47 países que conforman el Consejo de Europa, 4 no han ratificado ninguna de las versiones de la CSE (Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza), puesto que la pertenencia al Consejo de Europea se supedita a la ratificación del CEDH y no así a la CSE. Véase, en este sentido, <https://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/signatures-ratifications>. La ratificación a la CSE puede ser total o parcial, con lo que países que se han adherido al mismo texto y/o versión, pueden estar vinculados por diferentes preceptos.

poco proclive a su apreciación cuando se le ha sometido alguna controversia pues, en la mayoría de supuestos, ha decidido inadmitir las demandas¹⁶.

La necesidad de adaptarse a la evolución y cambios, dio lugar a que, tras unos años, fuera ampliada y/o enmendada con la aprobación de tres Protocolos.

El primero, de 5 de mayo de 1988 (Adicional), añadió cuatro derechos que mejoraron la protección de los trabajadores. El segundo, de 21 de octubre de 1991 (Enmienda), modifica algunos artículos con objeto de mejorar “(...) la eficacia de la Carta y, en particular, el funcionamiento de su mecanismo de control”. Finalmente, el importantísimo tercer y último Protocolo, de 9 de noviembre de 1995, estableció un sistema de reclamaciones colectivas y avanzar en su efectividad.

El 3 de mayo de 1996 se adoptó la CSE revisada, destinada a “(...) reemplazar progresivamente la Carta Social Europea, los derechos garantizados por la Carta una vez enmendada, los (...) garantizados por el Protocolo Adicional de 1998 y de añadir nuevos”, en concreto ocho.

Además de las dos distinciones indicadas (organizaciones y normativa), los pronunciamientos de sus respectivos órganos de control han mostrado la tercera, el estándar de protección. El supuesto por excelencia que ha revelado la falta de sinergias y tensiones entre ellas ha sido la valoración de las medidas de austeridad que han adoptado los países, principalmente desde que se inició la crisis. Los *memorándums* de entendimiento de la *troika* han exigido la adopción de paquetes de medidas que han afectado considerablemente a los derechos de los trabajadores y la ciudadanía en general.

Como consecuencia del control que realiza el CEDS, por el procedimiento de informes y/o de reclamaciones colectivas, necesariamente se ha pronunciado, no directamente, puesto que no realiza una supervisión de las políticas de otras organizaciones internacionales o resoluciones de otros organismos, sí de forma indirecta, desde el momento en que éstas se han materializado en normativa o práctica a nivel nacional. La relevante *Introducción general* que se emitió junto a las Conclusiones XIX-2 de 2009 sobre *la aplicación de la Carta Social Europea en el contexto de la crisis económica global*, ya puso de manifiesto el posicionamiento del CEDS, al determinar que “(...) las Partes, al suscribir la Carta Social Europea (...) han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica y el derecho a los servicios sociales”, concluyendo que “la crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta (...); los Gobiernos deben por tanto adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efectivamente garantizados en el momento en que la necesidad de protección se hace sentir más (...)”. Ésta ha pasado a convertirse en un principio general que prácticamente ha sido reproducido en toda la jurisprudencia posterior¹⁷.

En este sentido, gran repercusión nacional e internacional tuvieron las decisiones de fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamaciones nº 65/2011 y nº 66/2011, Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos contra Grecia (ADEDY), en las que se resolvió la existencia de numerosas violaciones de la CSE (arts. 4.1, 4.4, 7.7, 10.2 y 12.3 de la CSE). Meses más tarde, siguiendo la línea interpretativa apuntada, se le unieron las decisiones de fondo de 7 de diciembre de 2012, Reclamaciones nº 76 a 80, presentadas por la Federación de pensionistas de Grecia (IKA-ETAM), la Federación Panhelénica de pensionistas de servicios públicos (POPS), el Sindicato de pensionistas del ferrocarril (ISAP), la Federación Panhelénica de pensionistas de la empresa pública de electricidad (POS-DEI), el Sindicato de pensionistas de la banca agrícola (ATE), la Federación General de Trabajadores de la

¹⁶ Véase las decisiones 8 de octubre de 2013, *Conceição Mateus y Santos Januário* y 1 de septiembre de 2015, *Da Silva Carvalho Rêo* ambas contra Portugal, 15 de octubre de 2013, *Savickas y otros* y 4 de julio de 2017, *Mockiene* contra Lituania o la última de 7 de diciembre de 2017, *P. Plaisier B.V.* contra los Países Bajos.

¹⁷ NIVARD, C., «Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures «anti-crise» grecques». *Lettre Actualités-Droits-Libertes du CREDOF*, 15 noviembre 2012, <https://revdh.files.wordpress.com/2012/11/lettre-adl-du-credof-15-novembre-20121.pdf>, p. 1, último acceso 1/6/2018.

Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos (ADEDY), incumplimiento del art. 12.3 de la CSE.

Estas siete decisiones de fondo son las más conocidas porque mostraron la obvia divergencia de enfoque entre el Consejo de Europa, destaco y subrayo que por medio del CEDS¹⁸, y la UE, a la vez que sentaron un precedente en orden a cómo el primero procedería a valorar periódicamente, además de a través de las correspondientes reclamaciones colectivas.

Y así ha sido, cómo lo muestra, con anterioridad a las últimas referenciadas, la decisión de fondo de 12 de septiembre de 2012 (Reclamación nº 73/2011, *Syndicat de défense des fonctionnaires* contra Francia), en la que se sometieron a enjuiciamiento las políticas de reorganización de los servicios públicos, en concreto las del servicio de correos y telefonía.

Con posterioridad, muy relevantes son las tres decisiones de fondo por reclamaciones presentadas por la *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia el 9 de septiembre de 2014 (nº 88/2012) y el 8 de septiembre de 2016 (nº 106 y nº 108). En la primera y en la tercera, se condenó la violación del apartado primero de los arts. 12 y 13 por el carácter insuficientes de sus prestaciones de enfermedad, el subsidio de desempleo, la pensión de garantía así como de diversas prestaciones de asistencia social y ayuda para la inserción en el mercado laboral. Por lo que se refiere a la segunda, abordó una de los aspectos que más interés tiene en este momento, las limitaciones a las indemnizaciones por despido, debido a las continuas reformas que se están realizando específicamente, condenando por violación del artículo 24 de la CSE¹⁹.

Para finalizar con los ejemplos, muy relevante es la última decisión de fondo pronunciada el 23 de marzo de 2017, hecha pública el 5 de julio de 2017, en concreto, suscitada por la reclamación que presentó la *Confédération générale grecque du travail* (GSEE) nº111/2014, frente a leyes promulgadas en el período entre 2010-2014, requeridas por el segundo rescate, al considerar que son incompatibles con los arts. 1, 2, 4 y 7 de la CSE y 3 del Protocolo adicional de 1988 (en ese momento estaba pendiente la ratificación de la versión revisada, que se efectuó el 18 de marzo de 2016).

En conjunción con lo relatado, se presencia un escenario dispar que no debe pasar desapercibido ni ser infravalorado puesto que conlleva equivocaciones en aspectos tan básicos como su caracterización, naturaleza jurídica y la de su organismo de control, sus pronunciamientos así como su articulación con el resto de fuentes normativas –escala nacional y/o internacional-²⁰, que, como luego pondré en relieve, se traducen finalmente en un perjuicio para los ciudadanos al no reconocerles, en ocasiones, los derechos que directamente ese Tratado les atribuye. En suma, la efectividad de los derechos sociales se ve gravemente afectada con el desconocimiento del texto que en estos momentos es el “*vector básico de referencia*”²¹.

¹⁸ En la mayoría de las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la decisión adoptada ha sido la de inadmitirlas al considerarlas «manifiestamente infundadas», véase, a modo de ejemplo, las decisiones de 7 de mayo de 2013, *Ioanna Konfaki y Confederación de sindicatos de funcionarios públicos (ADEDY)* contra Grecia, y la nota a pie de página número 16. Por ello, los estudios doctrinales coinciden en su mayoría en afirmar que poco se puede esperar de este órgano en materia de derechos sociales. Véase MARGUENAUD, J.P., MOULY, J. Y NIVARD, C., “Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l’homme en matière de droits sociaux », *Revue de droit du travail*, 2017, nº 1, pp. 1 a 6.

¹⁹ Véase un análisis amplio en JIMENA QUESADA, L., “Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2016”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2016, nº 30, pp. 14 y 15 (extraído de <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/43/38>).

²⁰ Véase un estudio amplio en SALCEDO BELTRÁN, C., “La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación «presente» a la ineludible integración «futuras»”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2018 (en prensa), pp. 1 a 59.

²¹ JIMENA QUESADA, L., “La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos”, *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, 2017, nº 39, p. 294.

III. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL: LOS ARTS. 16 Y 27 DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA (1961 Y REVISADA)

1. DELIMITACIÓN GENERAL DEL CONTENIDO

La protección de la vida familiar y laboral expresamente se encuentra recogida en los art. 16 de la CSE y 27 de la versión revisada. No obstante, como se podrá constatar de las páginas siguientes, la misma se ha obtenido también por la interpretación de otros, por ejemplo, el art. 2, que recoge el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y la garantía de una duración razonable de la jornada laboral, puesto que, como se ha anticipado, un punto fundamental de esta materia gira en torno al tiempo de trabajo y así lo ha resuelto expresamente el CEDS y, por derivación, como estándar de protección más elevado, un Juzgado de primera instancia en nuestro país, o el art. 1 del Protocolo de 1988 (art. 20 de la revisada). La institución de la familia lógicamente es objeto de protección también por el art. 17 (Derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica) o el artículo 19 (Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia).

Por lo que se refiere al art. 16 de la CSE, entre los ratificados por España, determina el compromiso de las Partes Contratantes “con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, (...) a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas”. Reflejo del mismo se encuentra en algunas sentencias, a modo de ejemplo, la del TSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 1997, Rec. 2041/1997 o la SAN de 28 de septiembre de 2010 (Rec. 310/2009).

Fácilmente se puede constatar que el ámbito de protección que dispensa es amplio desde el momento en que el precepto finaliza con una cláusula abierta.

El Anexo que complementa la CSE revisada, que es parte integrante de su contenido (art. N) es categórico al determinar que la protección de este precepto “(...) abarca a las familias monoparentales”.

En el Informe que explica su contenido (STE nº 163 de 3 de mayo de 1996), se declara expresamente que, como la protección de las «madres» del precepto siguiente que contenía la CSE de 1961 (“Derechos de las madres y los niños a una protección social y económica. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las madres y los niños a una protección social y económica, las partes contratantes adoptarán cuantas medidas fueren necesarias y adecuadas a ese fin, incluyendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios apropiados) no se ha mantenido en la versión revisada (“Derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los niños y los adolescentes a crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales, las Partes se comprometen a adoptar, bien directamente o bien en cooperación con las organizaciones públicas o privadas, todas las medidas necesarias y adecuadas (...)”), pasan a estar cubiertas por éste, con independencia de que convivan en pareja o no. En suma, se extiende a las mujeres que no tienen la protección que proporciona el art. 8 ni ningún régimen de seguridad social que les suministre ayuda económica necesaria durante un plazo de tiempo razonable, antes y después del nacimiento, así como los cuidados médicos precisos durante el alumbramiento.

El CEDS ha formulado 11 *Observaciones interpretativas* a este precepto junto a las conclusiones correspondientes, originadas por el procedimiento de control de informes que realiza en la actualidad todos los años. El contenido no incluye la totalidad sino el grupo temático correspondiente a ese año, habiendo estructurado cuatro, el Grupo 1 sobre empleo, formación e igualdad de oportunidades (arts. 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 y 25), el Grupo 2 sobre salud, seguridad social y protección social (arts.

3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30), el Grupo 3 sobre derechos relacionados con el trabajo (arts. 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 y 29) y el Grupo 4 sobre niños, familia y migrantes (arts. 7, 8, 16, 17, 19, 27 y 31), de manera que cada parte es analizada cada cuatro años.

Con carácter general, se ha precisado que el término «familia» es variable en el espacio y en el tiempo, correspondiendo a los ordenamientos internos, teniendo presente que, en ningún caso, se podrá equiparar a la existencia de un matrimonio.

En la primera emitida, que hay que situar en el período del 1 de enero de 1965 al 31 de diciembre de 1967, asocia la interpretación del art. 16 con otros del mismo texto, en concreto los arts. 13, 14 y 17, que garantizan materias que inciden en él, por ejemplo, la atención de situaciones de necesidad. En su conjunto, se aprecia que, tras la revolución industrial, “(...) el Estado moderno debe asumir nuevas tareas y, en particular, por lo que se refiere al art. 16, las condiciones de vida indispensables para la plena realización de la familia (...)”. Por ello, su concepción tradicional se mantiene pero se ha de completar por la premisa de que “(...) su desarrollo no puede dejarse a la libre voluntad del individuo (...)” (Conclusiones I). Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de llevar a cabo una verdadera política familiar, por medio de actuaciones diversificadas, que se dirigirá principalmente a los ámbitos en los que las necesidades son apremiantes, entre otras medidas de asistencia social y de seguridad social.

Consciente de la incorporación de la mujer al mercado laboral, en la pronunciada a las Conclusiones IV (período del 1 de enero de 1972 al 31 de diciembre de 1973) indicó a los países que deben prever un número suficiente de instituciones que aseguren la atención de los menores y facilidades a los padres para los casos en que aquéllos se pongan enfermos, solicitando en las Observaciones interpretativas publicadas en las Conclusiones XIII-2 (período del 1 de enero de 1991 al 31 de diciembre de 1992) y en las XVII-1 (Turquía, período del 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2002) que especifiquen los servicios puestos a disposición, guarderías, jardines de infancia o parvularios, sistemas de atención a los niños después de la escuela y durante las vacaciones escolares.

La expresión *protección social* del art. 16 ha sido precisada en el sentido de que integra el derecho a un alojamiento decente, en particular, el de proporcionar acceso a una oferta de viviendas suficiente, la necesidad de tener en cuenta las necesidades de las familias durante la elaboración y puesta en práctica de las políticas relacionadas así como asegurar que tengan un nivel mínimo de condiciones y equipadas con las comodidades básicas. Por ello, vulnera este precepto la destrucción y las expulsiones forzadas de las áreas habilitadas, debiendo, en caso de producirse, prever que las víctimas pueda recurrirlas ante los tribunales (Conclusiones XIII-1, Turquía, período del 1 de enero de 1990 al 31 de diciembre de 1991), su realojamiento o atribuir la correspondiente ayuda económica (Conclusiones XIII-3, Turquía, período del 1 de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1993), insistiendo en que las familias de etnia gitana (*roms*) son también destinatarias, incluso prioritariamente ante las constantes discriminaciones que sufren (decisión de fondo de 18 de octubre de 2006, Reclamación nº 31/2005, Centro de Derechos para los Gitanos Europeos contra Bulgaria).

En términos equivalentes se ha comprendido la dotación de servicios de asesoramiento y orientación familiar y psicológica en todos los niveles, englobando la educación de los hijos, a través de los servicios sociales adecuados y prioritariamente si están en dificultad (Conclusiones XVII-1). Por último, las autoridades competentes están obligadas a consultar a todas las asociaciones que representen a las familias, con la finalidad de asegurar de que se valora su punto de vista al elaborar las diferentes políticas (Conclusiones 2006, período del 1 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2004).

En cuanto a la *protección jurídica*, la igualdad entre los cónyuges es ineludible, en particular en materia de derechos y responsabilidades y respecto de los hijos (autoridad parental o gestión de los bienes del menor). En caso de deterioro de las relaciones familiares, se deben arbitrar medios jurídicos así como servicios de mediación familiar –gratuitos, eficaces y por todo el territorio– destinados a regular los litigios entre los progenitores y los que puedan surgir respecto de los menores (cuidados y alimentos, pérdida y limitación de los derechos parentales, custodia de los hijos

en caso de separación de la familia y posibilidad de los menores de manifestar su punto de vista en los procedimientos correspondientes (Conclusiones 2006, período del 1 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2004).

Igualmente, forma parte de la interpretación de este precepto la prohibición de cualquier tipo de violencia doméstica. Con ello, los Estados se obligan a proteger a las víctimas en dos sentidos: por un lado, jurídicamente con medidas y sanciones adecuadas frente a los autores de los actos, proveer medidas de alojamiento, reparación adecuada de los perjuicios materiales y morales ocasionados, impugnación por los afectados directamente y sus asociaciones en los tribunales y peculiares condiciones de audición/prueba; y, por otro lado, recopilando datos fiables y de evaluación, formación específica a los policías y servicios de prevención, apoyo y readaptación. Todo ello en coordinación con la fijada respecto de los menores en el art. 17 de la CSE.

Finalmente, esta expresión contiene el respeto de la vida privada y familiar, en el que el compromiso del Estado, no es sólo de abstenerse, sino de articular obligaciones positivas dirigidas a asegurarlo realmente, en sinergia con el art. 8 de CEDH.

Para terminar, la *protección económica*, conlleva la necesidad de los Estados de proporcionar prestaciones sociales a la familia y los menores, con carácter universal, revalorizadas y condicionadas únicamente a la ausencia de recursos, verificando su carácter suficiente según la renta mediana mensual que determina el Eurostat (Conclusiones 2006, período del 1 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2004). Comporta posibles primas por nacimiento, prestaciones complementarias para las familias numerosas o reducciones fiscales por hijos así como la protección de las familias que puedan ser particularmente vulnerables, principalmente las monoparentales o las familias de etnia gitana (*roms*), de acuerdo con el principio de igualdad.

La interpretación transversal e integrada de los preceptos que realiza el CEDS, conduce al examen del art. 27 de la versión revisada, que, aunque no está ratificado por España, muestra la forzosa necesidad de hacerlo al completar la protección de la institución familiar, y, en particular, de la conciliación de las obligaciones en el ámbito laboral.

Determina su tenor literal, bajo el título *Derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato*, que, con la finalidad de garantizar “(...) el ejercicio del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de ambos sexos que tengan responsabilidades familiares y entre éstos y los demás trabajadores, las Partes se comprometen a los tres aspectos siguientes:

1. a adoptar las medidas apropiadas:

a) para permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares acceder y permanecer en la vida activa, o regresar a la misma tras una ausencia debida a dichas responsabilidades, incluidas medidas en el ámbito de la orientación y la formación profesionales;

b) para tener en cuenta sus necesidades en lo que respecta a las condiciones de trabajo y a la seguridad social;

c) para desarrollar o promover servicios, públicos o privados, en particular servicios de guardería diurnos y otros medios para el cuidado de los niños;

2. prever la posibilidad de que cualquiera de los progenitores obtenga, durante un período posterior al permiso de maternidad, un permiso parental para el cuidado de un hijo, cuya duración y condiciones serán fijadas por la legislación nacional, los convenios colectivos o la práctica;

3. a garantizar que las responsabilidades familiares no puedan constituir, por sí mismas, una razón válida para el despido.

En el Anexo de la CSE revisada se establece que “(...) este artículo es aplicable a los trabajadores de ambos sexos que tengan responsabilidades familiares respecto de hijos a su cargo, así como respecto de otros miembros de su familia directa que tengan necesidad manifiesta de su asistencia o apoyo, cuando dichas responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica o de acceder, participar o progresar en la misma. Las expresiones "hijos a su

cargo" y "otros miembros de su familia directa que tengan necesidad manifiesta de su asistencia y apoyo" se entenderán en el sentido que establezca la legislación nacional de las Partes”.

Se han emitido 3 Observaciones interpretativas específicas y 2 con ocasión de conclusiones a Estados en particular.

En cuanto al apartado primero se ha precisado que su contenido tiene como objeto que las personas que tienen responsabilidades familiares tengan las mismas oportunidades de encontrar, mantener o buscar un empleo, conscientes de las dificultades adicionales que sus circunstancias les puedan ocasionar. Para su efectividad, los Estados tienen que asegurarse que no sean discriminados y ayudarles a permanecer en el mercado de trabajo en todos los sentidos y, en particular, en los ámbitos de la orientación, reciclaje y formación profesional (Conclusiones 2005, Estonia, período del 1 de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2002).

Han de adoptarse iniciativas concretas que incentiven la formación dirigida al mantenimiento del puesto de trabajo y su retorno salvo si los servicios generales de empleo los protegen suficientemente (Conclusiones 2003, período del 1 de enero de 1999 al 31 de diciembre de 2000). Frente a la mayor presencia de estos trabajadores en los contratos a tiempo parcial, hay que atender de forma específica el acceso, mayor desempleo o la transformación del contrato a tiempo completo, no pudiendo dejarlos al arbitrio del empresario de forma que deben ser reglamentados en textos vinculantes (ley y/o convenio colectivo) (Conclusiones 2005, Lituania, período del 1 de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2002).

Los períodos de inactividad vinculados al ejercicio de responsabilidades familiares se han de valorar en el cálculo de la pensión de jubilación o la determinación de los derechos de acceso a la pensión y se vincula a los Estados a que se permita la reducción o interrupción de la actividad laboral a los progenitores en los supuestos de enfermedad de un hijo (Conclusiones 2005, Noruega, período del 1 de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2002)

En consideración al segundo apartado, se exige a los Estados políticas que fomenten que los progenitores puedan disfrutar de permisos por cuidado de hijos durante un período posterior al permiso de maternidad, de un permiso parental para el cuidado de un hijo, cuya duración y condiciones serán fijadas por la legislación nacional, los convenios colectivos o la práctica, garantizando la pérdida de ingresos durante ese periodo. Las modalidades de compensación forman parte del margen de apreciación de los Estados y pueden adoptar la forma de licencias o suspensiones de la relación laboral manteniendo el salario, prestaciones en concepto de seguridad social o cualquier otra modalidad de prestación con cargo de fondos públicos (Conclusiones 2015, Francia, período del 1 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2013). En todo caso, tienen que ser suficientes.

Por último, con el objeto de garantizar que las responsabilidades familiares no puedan constituir, por sí mismas, motivo de despido, los Estados deben, en caso de producirse, equiparar su calificación a los despidos discriminatorios (art. 1.2 de la CSE), debiendo fijar indemnizaciones suficientemente disuasorias y proporcionales al daño sufrido, no siendo posible una indemnización limitada²².

²² Estas indemnizaciones son en uno de los temas más controvertidos en Francia (Ley nº 2017-1340, de 15 de septiembre de 2017, que habilita, entre otras, a la *Ordonnance* nº 2017-1387 de 22 septiembre de 2017, *relativa a la previsibilidad y la seguridad de las relaciones de trabajo a adoptar medidas para reforzar el diálogo social*) e Italia (Decreto Legislativo 23/2015, de 4 de marzo), tras haberse impuesto en recientes reformas laborales adoptadas. Ambas se han impugnado al CEDS, la primera por la Reclamación nº 160/2018, el 12 de marzo *Confédération générale du travail Force ouvrière (CGT-FO)*, pendiente de ser admitida (<https://rm.coe.int/cc160casedoc1-fr-reclamation/1680796b2d>), y la segunda ya superado ese trámite el 20 de marzo de 2018, la Reclamación nº 158/2017 *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL)*, (<https://rm.coe.int/complaint-158-2017-cgil-v-italy/1680761627>) (última consulta 18/2/2018). Sobre el régimen jurídico de esta nueva modalidad de cálculo del despido véase PERCHER, C., “Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l’aune de l’article 24 de la Charte Sociale Européenne révisée”, *Revue de droit du travail*, 2017, nº 11, pp. 1 a 5 y MOULY, J., “Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux. Une condamnation de mauvais augure por la «réforme Macron», *Droit Social*, 2017, nº 9, pp. 1 a 9.

2. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES

La materia en la que se centrará el estudio en cuanto a la conciliación de la vida familiar y laboral se encuadra en su relación con el tiempo de trabajo en dos facetas concretas, la fijación de medidas, en teoría, de flexibilización de la jornada y las guardias localizadas.

Ambas han suscitado controversias ante el CEDS y una de ellas también en el TJUE, destacando de las aludidas la segunda puesto que ha tenido su reflejo en el orden social de la jurisdiccional optando por, como se mostrará posteriormente, la aplicación del estándar de garantía más elevado, ante la existencia de protección jurídica multinivel.

A) Las medidas de flexibilización con los días a tanto alzado (*forfaits-jours*): las decisiones de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 16 de noviembre de 2001 (Reclamación nº 9/2000), 12 de octubre de 2004 (Reclamación nº 16/2003) y 23 de junio de 2010 (Reclamación nº 56/2009)

Con ocasión de la adopción de reducción de la duración legal del trabajo a 35 horas semanales por la Ley nº 2000-37, de 19 de enero de 2000 (*Loi Aubry II*), se establecieron, a su vez, diversos regímenes específicos que la aplican respecto a tres categorías de ejecutivos, los directivos, los integrados y los intermedios. Estos últimos se delimitan por eliminación, es decir, los que no entran dentro de ninguna de las otras dos modalidades.

El régimen aplicable a los terceros, para hacerse acreedores de una reducción efectiva del tiempo de trabajo, es un sistema concertado de «días a tanto alzado» ya sea retribuido en horas (artículo L 212-15-4) o en días (artículo L 212-15-3). Es precisamente este último régimen –el de tanto alzado por días– el que constituye el objeto de la reclamación nº 9/2000 al CEDS por la *Confédération française de l'Encadrement-Confédération générale de cadres*, CFE-CGC contra Francia al considerar que la ausencia de un límite máximo semanal les priva precisamente de la conciliación de la vida profesional y familiar, vulnerando el art. 27 de la CSE revisada.

Planteada la cuestión al CEDS opta por solventar la controversia de forma rápida en la decisión de fondo de 16 de noviembre de 2001 y no acoger la reivindicación, al considerar que, por una parte, el demandante no ha argumentado de forma consistente la cuestión -no ha cuestionado la pasividad del Gobierno en cuanto a la adopción de medidas positivas en este sentido-, y, por otra parte, que el objeto directo de la ley no era abordar esa materia.

La norma aludida fue posteriormente modificada por la Ley de 17 de enero de 2003 (*“Loi Fillon II”*), que, en coherencia con la línea de actuación del sindicato, también impugnó ante del CEDS (Reclamación nº 16/2003), por vulnerar diversos preceptos de la CSE revisada, entre otros, el art. 2.1 y, por derivación, el art. 27, comportando, incluso, en detrimento de dichos asalariados, una discriminación con respecto a ese derecho. Además, esta norma habría agravado la situación al extender el régimen de tanto alzado por días a un número mayor de ejecutivos.

El CEDS, resuelve en términos similares a la anterior en la decisión de fondo de 12 de octubre de 2004, con la particularidad de señalar que el “(...) argumento ha sido presentado de una manera sucinta, sin la aportación de elementos de prueba suficientes”.

Ahora bien, merece particular atención en este supuesto el Voto particular discrepante que emite una de las componentes del CEDS (Sra. Csilla Kellonay Lehoczky), en el que desde un principio deja clara la incidencia directa de la duración y la regularidad del tiempo de trabajo en la vida familiar así como en la capacidad del asalariado de conciliarla las obligaciones derivadas de su vida profesional. Esto le lleva a diferenciarse del pronunciamiento general, subrayando que el escenario en esta segunda reclamación afecta a un número más elevado de asalariados y tiene un alcance más amplio, “(...) constituyendo un obstáculo adicional a la posibilidad de cumplimentar las tareas familiares y de participar en la vida familiar”.

Finalmente, de nuevo se suscitó la materia por el mismo sindicato ante el CEDS (Reclamación nº 56/2009), tras realizarse otra reforma de la jornada por la Ley nº 2008-789, de 20 de agosto. Se

argumentó incumplimiento del art. E de la CSE revisada en combinación con el art. 27, que es resuelta al igual que en las precedentes (decisión de fondo de 23 de junio de 2010).

De nuevo se emite un Voto particular discrepante, esta vez por 4 miembros, que reiterando y respaldando el que se emitió en la anterior reclamación, se insiste en la ausencia, por parte del Gobierno francés, de datos que evidencien que, con este nuevo régimen jurídico de la jornada de trabajo, ha tenido en cuenta a los trabajadores con responsabilidades familiares, resolviendo que, además de que viola el derecho a una duración del trabajo razonable, impide a los trabajadores que las tengan responsabilidades familiares acceder a esos puestos, siendo clara la violación del art. 27 de la CSE revisada.

B) La caracterización de los períodos de guardia localizada (*astreintes*)

El supuesto que va a ser objeto de análisis más detallado, es el relativo a las guardias de localización o *astreintes* porque es la fiel muestra de la existencia de protección internacional a diferentes niveles que puede articularse de forma complementaria en los tribunales por la vía del control de legalidad.

Para un adecuado entendimiento de la fundamentación de los pronunciamientos de órganos de control europeos emitidos, principalmente los del CEDS que son los que, como se analizará, han optado por una resolución más favorable, considero indispensable realizar previamente una delimitación conceptual así como de su afectación a las condiciones de trabajo y esferas privada y familiar del trabajador.

Brevemente señalaré que se puede caracterizar como un período de tiempo *tertium genus* entre el trabajo efectivo y el tiempo de descanso²³, en el que un trabajador está a disposición del empresario, a través de un sistema de localización telefónica o cualquier otro medio derivado de las facilidades que otorgan en este sentido las nuevas tecnologías (correo electrónico, aplicaciones tipo *whatsapp*, *telegram*, etc.), con el objeto de atender solicitudes de servicio o urgencias que puedan producirse. En suma, se trata de una situación en la que el trabajador está “potencialmente vinculado al trabajo”²⁴.

Su nexa con la vida privada así como con los riesgos laborales que se derivan se han puesto de manifiesto. Así, en el año 2015 expertos holandeses, tras la realización de una investigación, llegaron a unas preocupantes conclusiones en cuanto al estrés que produce, la afectación en las tareas y ámbito familiar e incluso en el trabajo en sí mismo a desempeñar si son llamados para intervenir, alertando de que están muy lejos de ser considerados esos períodos como “*inofensivos*”, ya que inciden en cualquier planificación e incluso dificultan la posibilidad de adoptar medidas preventivas para hacer frente a esos riesgos psicológicos dada su imprevisibilidad, provocando, el efecto contrario, es decir, su agravamiento –se afirma que, entre otros, los efectos sobre la conducción de una persona durante este período son equivalentes a tener un nivel de alcohol en sangre entre 0.5 ‰ y 1 ‰²⁵.

El Código de Trabajo francés contiene una regulación expresa en el art. 3121 apartados 9 a 2. Lo define como “*como un período durante el cual el trabajador, sin estar en su lugar de trabajo y sin estar a disposición permanente e inmediata del empleador, debe estar en condiciones para llevar a cabo un trabajo o servicio de la empresa*” (Art. 3121-9). En el caso de producirse esa intervención, su duración es considerada como tiempo de trabajo efectivo. Por el contrario, de no llevarse a cabo, se determina que sea compensada

²³ VERICEL, M., “Astreintes: caractère substantiel des conditions légales de leur institution ». *Revue de droit du travail*, 2017, n° 12, p. 804.

²⁴ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 55.

²⁵ ZIEBERTZ, C. ET ALTRI, “The Relationship of On-Call Work with Fatigue, Work-Home Interference, and Perceived Performance Difficulties”, *BioMed Research International*, 2015, Article ID 643413, Behavior science institute, Radboud university, Netherlands, <http://dx.doi.org/10.1155/2015/643413> (última consulta 9/2/2018), pp. 1 a 11. Véase también como evidencia de esos efectos negativos FINKENSIEPER, P., “The Role of Psychological Detachment and Negative Experiences in the Relationship between On-Call Work, Fatigue, and Recovery”, 2016, Behavioural Science Institute, Radboud University Nijmegen https://www.innovatiefinwerk.nl/sites/innovatiefinwerk.nl/files/field/bijlage/finkensieper_philipp_-_masterthese.pdf (última consulta 9/2/2018), pp. 1 a 27.

parcialmente económicamente o con descanso, incluyéndose en el cómputo del descanso diario y semanal que exige la normativa (art. 3121-10). La programación de las mismas es atribuida al empresario, que debe informar al trabajador en un plazo razonable.

Se conceden competencias a la negociación colectiva de empresa o sectorial, pudiendo especificar la forma de organizarlas, de información, los plazos de notificación así como la modalidad de compensación (art. 3121-11). En ausencia de esta regulación, es el empresario el que lo precisará, comunicándolo con posterioridad al comité social y económico y a la inspección de trabajo.

Si bien se puede pensar que la situación se ha quedado en el nivel internacional, como he apuntado, la misma ha sido objeto de resolución en primera instancia, siendo la importante sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona de 27 de octubre de 2015 la primera que ha arbitrado una solución ante la disparidad de pronunciamientos del CEDS y del TJUE que van a ser objeto de examen a continuación, que será analizada en el último punto de este apartado como parámetro a seguir dada su interpretación fundamentada en la compatibilidad y complementariedad de los diferentes niveles de protección de los derechos.

a) Interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una regla general no desvirtuada por un pronunciamiento puntual

La cuestión relativa a la asimilación del tiempo de localización a jornada efectiva laboral o a descanso ha sido objeto de resolución por el TJUE en diversas ocasiones, estableciendo una regla general en tres pronunciamientos, en particular, las sentencias de 3 de octubre de 2000 (C-303/98), 9 de septiembre de 2003 (C-151/02) y 1 de diciembre de 2015 (C-14/2004). No se ven modificados por la reciente adopción de un cuarto, al considerar que resuelve de forma puntual y aislada el supuesto planteado.

Por lo que se refiere al primero de ellos, se pronunció sobre un conflicto que se ubica en nuestro país, en concreto, con los médicos de un servicio de atención primaria. La demanda la interpone el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra la Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, estando vigente en ese momento como normativa reguladora la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, *relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo* –derogada desde la entrada en vigor de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre-

En el pronunciamiento se señala que los elementos característicos del concepto de «tiempo de trabajo», o en su caso de las horas extraordinarias, se dan en los períodos de atención continuada de este personal si están en régimen de presencia física en el centro sanitario, puesto que, aunque puedan variar las circunstancias de la actividad realmente realizada, es determinante la obligación impuesta de “estar presentes y disponibles en los centros de trabajo para prestar sus servicios profesionales”, observando, con ello, la finalidad de la legislación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores

Sin embargo, éste no se identifica con el correspondiente al de atención continuada en régimen de «localización», en el que tienen como elemento común la disposición al empresario pero sin presencia en el centro sanitario. En esa situación, se considera que aunque la organización de su tiempo es más limitada, pueden dedicarse a sus asuntos personales. Por tanto, según la normativa comunitaria, sólo se caracterizará como tiempo de trabajo si se produce la prestación efectiva de servicios.

La materia volvió a plantearse, en segundo lugar, en la sentencia de 9 de septiembre de 2003 (asunto C-151/02) en el mismo sector, en particular, en el marco del servicio de atención continuada de un médico en un hospital, en este caso en Alemania.

El TJUE acogió en ese caso la demanda ya que está presente en esos períodos de atención continuada el factor determinante para considerar que es «tiempo de trabajo», pues hay obligación de “(...) hallarse físicamente (...) en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad”.

Asimismo, subraya la diferenciación entre este período y el de alerta localizada, de manera que “está sujeto a limitaciones considerablemente más gravosas, puesto que debe permanecer alejado de su entorno tanto familiar como social y goza de una menor libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales”. Por tanto, “no cabe considerar que un trabajador disponible en el lugar designado por el empresario se halla descansando durante los períodos de su servicio de atención continuada en los que no ejerce efectivamente una actividad profesional”, por lo que, sin lugar a dudas, es tiempo de trabajo efectivo en su totalidad independientemente de las prestaciones laborales realmente efectuadas.

En tercer y último lugar, de nuevo se tuvo que examinar la cuestión en la sentencia de 1 de diciembre de 2015 (C-14/04) que se centra en la demanda planteada por un educador de un centro que funciona en régimen de internado, despedido por las desavenencias surgidas en torno al concepto de trabajo efectivo así como a la remuneración correspondiente a las horas de trabajo nocturno, efectuadas en una habitación de guardia.

El TJUE reproduce la jurisprudencia precedente, en suma, que los servicios de guardia que realiza el trabajador en régimen de presencia física en el centro laboral son tiempo de trabajo en su totalidad independientemente de las prestaciones laborales realmente efectuadas por el interesado durante las mismas. Por ello, son irrelevantes los tiempos de inactividad puesto que el componente definitivo está presente, es decir, “(...) el hecho de que dicho trabajador está obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad”.

En definitiva, los servicios de guardia del demandante en el propio lugar de trabajo deben valorarse íntegramente en la fijación de la duración máxima diaria y semanal del tiempo de trabajo, quedando acreditado que la normativa nacional contra la que se interpuso la reclamación que sólo tiene en cuenta parcialmente las horas de los servicios de guardia con presencia física, a efectos de la fijación de la duración máxima del trabajo y del cálculo de las horas extraordinarias, vulnera el derecho comunitario que exige que esas horas de presencia física sean íntegramente contabilizadas como horas de trabajo.

Según lo relatado, el criterio interpretativo de las tres sentencias es concluyente no caracterizando, como regla general, el período guardia localizada sin presencia física, como tiempo de trabajo efectivo y, por derivación, equiparándolo a tiempo de descanso.

Recientemente, el TJUE ha emitido un nuevo pronunciamiento sobre esta cuestión, en concreto, el 21 de febrero de 2018 (C-518/15) que ha tenido gran repercusión en los medios de comunicación, fácilmente comprensible tras la lectura del comunicado de prensa y su encabezado “El tiempo de guardia domiciliaria de un trabajador que debe responder a las llamadas del empresario en un plazo de tiempo breve debe considerarse «tiempo de trabajo»”.

Centrándome en la resolución de ese punto, el TJUE, siguiendo la línea de las anteriores resoluciones, repasa la jurisprudencia emitida anteriormente sobre la delimitación del tiempo de trabajo relacionándolo con los periodos de guardia localizada así como con la libertad de elegir el lugar de estancia durante los mismos. Aplicado al supuesto y marco, las peculiares circunstancias que concurren en el mismo²⁶, llevan a resolver que es tiempo de trabajo al tener que estar “accesible permanentemente”, que se materializa en una restricción objetiva e incluso imposibilidad de dedicarse a sus intereses personales y sociales. Una lectura completa de la sentencia muestra

²⁶ El litigio se sitúa en Bélgica y tiene su origen en una demanda interpuesta por un ciudadano que presta servicios de protección contra incendios. Específicamente, se compone de bomberos profesionales y voluntarios, adscribiéndose el demandante a este último en el año 1981. Entre las condiciones en las que prestaba sus servicios, el Reglamento interno exigía tener el domicilio o residir “en un lugar que le permita presentarse en el parque de bomberos (...), en condiciones de tráfico fluido y respetando el Código de la Circulación, en no más de ocho minutos”, y por lo que se refiere al período de guardia localizada, obliga a permanecer a una distancia del parque de bomberos que le permita presentarse en éste en el mismo tiempo, y “hacer gala de una diligencia particular a efectos de estar permanentemente en condiciones de hacer uso de los diferentes medios técnicos utilizados para convocar al personal y de ponerse en camino inmediatamente, en la forma más adecuada, cuando el personal en período de guardia localizada sea convocado”.

claramente que no se ha producido un giro en el criterio general analizado y que, salvo que se presente un conflicto con similares características, la identificación no será aplicable²⁷.

b) Las decisiones de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 8 de diciembre de 2004 (Reclamaciones nº 16 y 22/2003) y de 23 de junio de 2010 (Reclamación nº 55/2009)

La cuestión controvertida apuntada ha sido objeto de valoración por el CEDS en tres ocasiones con referencia a la CSE. A éstas, se unirá en los próximos meses una cuarta resolución pues la última reforma de la normativa francesa ha sido objeto de impugnación con la presentación de la Reclamación nº 149/2017, de 4 de abril de 2017, por la *Confédération générale du travail*, CGT *Confédération française de l'Encadrement-Confédération générale de cadres*, CFE-CGC contra Francia, admitida a trámite el 12 de septiembre de 2017.

Las dos primeras decisiones de fondo, de 8 de diciembre de 2004, tienen su origen en las Reclamaciones nº 16/2003 y 22/2003 que interpusieron las mismas organizaciones citadas en el apartado anterior, específicamente contra el artículo L. 212-4 bis) del Código de trabajo, que determina el régimen jurídico de periodo de guardia localizada, precepto que había sido introducido por la Ley nº 2000-37 de 19 de enero de 2000, sobre *la reducción negociada del tiempo de trabajo* (Ley *Aubry* II), y modificada posteriormente mediante la Ley nº 2003-47, de 17 de enero de 2003, *relativa a los salarios, al tiempo de trabajo y al desarrollo del empleo* (Ley *Fillon* II).

Su tenor literal establecía que “(...) un período de guardia localizada se entenderá como un período durante el cual el asalariado, sin estar a disposición permanente e inmediata del empresario, tiene la obligación de encontrarse en su domicilio o en las proximidades para poder, llegado el caso, realizar una prestación al servicio de la empresa, computándose dicha intervención como tiempo de trabajo efectivo”, añadiendo, tras las reforma aludida, que “con la excepción de la duración de esa intervención, (...) será descontado de acuerdo con las duraciones mínimas previstas en los artículos L. 220-1 y L-221-4”.

Tras las alegaciones de las partes, el CEDS examina la situación apuntando desde un inicio la finalidad de las disposiciones de la CSE sobre el tiempo de trabajo, que no es otra que la de proteger de manera eficaz la seguridad y la salud de los trabajadores, en la que se incluye que, “cada trabajador [disfrute] de períodos de descanso suficientes que le permitan recuperarse de la fatiga generada por el trabajo y que revistan un carácter preventivo tendente a reducir los riesgos de atentado a su salud susceptibles de resultar de la acumulación de períodos de trabajo sin el descanso necesario”.

Finalmente resuelve que los períodos de guardia localizada durante los que el asalariado no es llamado a intervenir al servicio del empleador, “aunque no constituyan un tiempo de trabajo efectivo, no obstante, no pueden ser, sin límite alguno, asimilados a un tiempo de descanso en el sentido del artículo 2 de la Carta, salvo en el marco de profesiones concretas o en circunstancias particulares, y de acuerdo con mecanismos apropiados”. Son, efectivamente, períodos durante los que el asalariado ha de estar a disposición de su empleador para cumplir, si este último le requiere, una prestación laboral. Así las cosas, dicha obligación, “por más que la realización de la prestación presente un carácter meramente eventual, impide incontestablemente al asalariado que pueda dedicarse a otras actividades de su libre elección, programadas dentro de los límites del tiempo disponible antes de ponerse a trabajar en un término preciso y sin que se vea sometido al azar en el ejercicio de la actividad asalariada o en la situación de dependencia que con aquella obligación se genera”.

Con ello, el CEDS concluye que “la asimilación de los períodos de guardia localizada al tiempo de descanso constituye una violación del derecho a una duración razonable del tiempo de trabajo

²⁷ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Las guardias localizadas “pueden” computar como “tiempo de trabajo” (caso Matzak)”, Blog del autor *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 21 de febrero de 2018, <http://ignasibeltran.com/2018/02/21/las-guardias-localizadas-pueden-computar-como-tiempo-de-trabajo-caso-matzak/> (última consulta 25/2/2018) y ROJO TORRECILLA, E., “La guardia domiciliaria y su posible consideración como tiempo de trabajo. Notas a la sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2018 (asunto C-518/15)”, Blog del autor *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 22 de febrero de 2018, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/02/la-guardia-domiciliaria-y-su-posible.html> (última consulta 25/2/2018).

prevista por el artículo 2.1 de la Carta revisada”, y, de efectuarse en domingo, “existe igualmente una violación del artículo 2.5 de la Carta revisada”.

Esta jurisprudencia fue reproducida íntegramente en la decisión de fondo de 23 de junio de 2010, que tiene también su origen en la Reclamación nº 55/2009 de la *Confédération Générale du travail, CGT* contra Francia y, como se ha apuntado al inicio de este apartado, deberá pronunciarse de nuevo, avanzado, que, siguiendo una interpretación coherente, debería ser en términos equivalentes.

IV. REALIDAD Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCIÓN MULTINIVEL: LA SJS Nº 3 DE BARCELONA DE 27 DE OCTUBRE DE 2015

Un ejemplo de la protección a diferentes niveles en la materia objeto de este estudio es la SJS nº 3 de Barcelona, de 27 de octubre de 2015 (nº 321/15). En ella se efectúa, con base en la Carta Magna, una correcta articulación de las fuentes del derecho internacional, supranacional e internas, arbitrando una complementariedad y absoluta compatibilidad entre las mismas como consecuencia de la aplicación del estándar de protección más favorable, es decir, resuelve de forma “*pacífica*” la existencia de valoraciones dispares por parte de los organismos internacionales, huyendo de posibles antagonismos²⁸.

El supuesto de hecho se entra en las desavenencias respecto a la calificación del tiempo de disponibilidad de unos trabajadores de un servicio de instalación, mantenimiento y reparación de aire acondicionado, tras la implantación por la empresa de un servicio de asistencia técnica durante los fines de semana –por causas organizativas y técnicas– con el teléfono móvil para atender las consultas de los clientes y, de ser necesario, trasladarse al local se hace referencia. La empresa, junto al comunicado, determina la remuneración a percibir por cada fin de semana, que los trabajadores no aceptan solicitando el triple por la “imposibilidad de conciliar la vida laboral y personal”.

El órgano, a la hora de emitir la resolución, procede, en primer lugar, a tener en cuenta la normativa nacional reguladora, que no define cómo ha de ser considerado, si bien a nivel jurisprudencial se determinó que “(...) la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni (...) horas extraordinarias” (STS de 29 de noviembre de 1994, La Ley 10308/1995).

A continuación, en segundo lugar, el análisis se dirige al ámbito de la UE, centrándose en la Directiva 2003/88 vigente en estos momentos, complementada por las interpretaciones del TJUE que ya han sido analizadas²⁹, concluyendo que desde esta perspectiva “el concepto de tiempo de trabajo no incluye el período de guardia o disponibilidad, cuando este período no implica estar físicamente en el lugar de trabajo”.

En tercer y último lugar, se remite a la CSE, a la jurisprudencia del CEDS sobre esa materia³⁰, y a las Conclusiones del CEDS XX-3, dirigidas contra España, en las que comunicó que “considerar como tiempo de descanso el período de disponibilidad en el cual no se tiene que desarrollar ninguna actividad pero que el trabajador está a disposición de la empresa, es una violación del art. 2.1 de la CSE y, por tanto, se infringe el derecho a una duración razonable del trabajo”.

Ante esta triple regulación, se advierte que “la legislación española y la interpretación realizada por los tribunales de la legislación comunitaria, no se ajusta a la interpretación que se realiza desde el Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea”. Con esta situación, teniendo el juez que determinar la normativa aplicable, se procede a referenciar el art. 96.1 de la CE, complementado

²⁸ Véase de forma más amplia MONEREO PÉREZ, J.L., “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel...” *op. cit.*, pp. 25 y ss. y *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, 2017, Bomarzo, pp. 137 y ss. así como VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, 2016, Bomarzo, pp. 20 y ss.

²⁹ Véase *supra* apartado III B) a).

³⁰ Véase *supra* apartado III B) b).

por los arts. 29 (“Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados”), 30 (“Los tratados internacionales serán de aplicación directa (...)”) y el art. 31 (“Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, *de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, con el objetivo de avanzar y dejar clara la plena aplicabilidad de la CSE “*como derecho interno*”, y del organismo que tiene atribuidas funciones cuasi-jurisdiccionales que, en todo caso, fija “*la interpretación auténtica*”.

Completa la aseveración, recordando, además, la inexistencia de presunción de conformidad del derecho de la UE con del Consejo de Europa, y que normas como las directivas son “mínimos de homogeneización de las legislaciones de los diferentes Estados, sin que se pueda considerar que cualquier regulación que objetivamente mejora las condiciones establecidas en las directivas vaya en contra de esta normativa comunitaria”.

Por lo tanto, se insiste en la imposibilidad de “(...) apreciar (...) colisión entre la CSE y el derecho de la Unión Europea”, porque la directiva es un mínimo, tal y como dispone el propio art. 1 de la misma, y es la existencia de regulación diferente la que comporta que también las interpretaciones lo sean, que han de ser consideradas complementarias y no contradictorias, debiendo aplicar “*la que garantiza la mejor eficacia del derecho reconocido*”, como el TC ha aceptado en cuanto a las resoluciones de otro organismo, que, si bien, no es ninguno de los referenciados – Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas-, puede trasladarse de forma que sus dictámenes, aunque, no son resoluciones judiciales ni tienen fuerza ejecutoria directa, ello “(...) no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la Constitución, el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además, (...), las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2)”.

Finaliza la sentencia con un texto contundente, de forma que “(...) *si la Carta Social Europea es derecho interno y es obligatorio aplicarla, y además los informes emitidos por el Comité Europeo de Derechos Sociales, tienen el carácter de interpretación auténtica de la Carta, la única conclusión posible al caso (...) es que los períodos de disponibilidad no presenciales no pueden ser considerados como períodos de descanso (...)*” puesto que el trabajador no tiene la garantía absoluta de que, en el transcurso del mismo, no hay ninguna interferencia empresarial, no existiendo, un pleno derecho al descanso. En conclusión, calificarlo como tiempo de descanso “*no encaja en la normativa interna*” recordando que “*la Carta Social Europea es norma interna, a pesar que la normativa comunitaria sobre el tiempo de trabajo lo pueda calificar como tiempo de trabajo*”.

Poco más se puede añadir en cuanto a este pronunciamiento, claro y categórico, que pone de manifiesto la incontestable afirmación de que “(...) las garantías valen tanto como la voluntad positiva de querer ponerlas en práctica (...)”³¹.

V. ESPAÑA: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y RETOS

A lo largo de este estudio se ha podido comprobar que la caracterización de la CSE como la *Constitución Social de Europa* es incuestionable. El ejemplo es sólo una muestra de muchos más, y, con ello, la necesidad de aprehender y aceptar que, cualquier referencia o actuación relativa a los derechos sociales y sus garantías, debe efectuarse con este Tratado, el más significativo y consistente con sus objetivos.

³¹ JIMENA QUESADA, L., *Devaluación y blindaje del Estado Social y Democrático de Derecho*, Valencia, 2017, Tirant lo Blanch, p. 55.

Por lo que se refiere a la conciliación de la vida familiar y laboral, la fijación y estructuración del tiempo de trabajo incide de forma directa en ella, y así ya lo ha valorado de forma positiva el CEDS. La familia es un elemento fundamental de la sociedad, los Estados deben protegerla a través de políticas *ad hoc*, no sólo desde la perspectiva de los hijos, sino también de las personas de edad avanzada que la pueden componer, objeto también de protección en la CSE.

España ha sido objeto de supervisión en relación con el art. 16 por el procedimiento de informes. El CEDS ha emitido en total 14 conclusiones, de las 5 han sido de no conformidad, específicamente, en cuanto al nivel insuficiente de las prestaciones familiares (Conclusiones XVIII-1, XVII-1 y XX-4), la falta de una infraestructura de guarda de niños adecuada, no se ha acreditado, entre otros, que existan servicios adecuados de consejo familiar, de mediación o la consulta a las asociaciones representativas de las familias en la adopción de políticas de su ámbito (Conclusiones XX-4).

En consecuencia, se fijan como retos, la corrección de los incumplimientos aludidos además de proceder con urgencia a la ratificación de la versión revisada de la CSE, y con ello, añadir las garantías adicionales del art. 27, así como del Protocolo de Reclamaciones colectivas de 1995³². Así se exige cada vez más de forma generalizada.

La realidad es insoslayable, las consecuencias de ignorarla son manifiestas a través de numerosos conflictos y desaprobación de los ciudadanos que, lejos de desaparecer, se extienden, en los que el denominador común es la demanda de respeto de los derechos sociales, es decir, de los derechos humanos.

³² Un estudio completo de la situación de España en GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2018 (en prensa), pp. 1 a 34

CAPÍTULO II. LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD TRADICIONAL FRENTE A LOS NUEVOS RETOS COMO LA MATERNIDAD/PATERNIDAD SUBROGADA, ADOPCIÓN, GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES

M^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

I. INTRODUCCIÓN

Cuando en 1978 el legislador constitucional encomendaba de modo directo a los poderes públicos la “protección social, económica y jurídica de la familia” (art. 39.1) y “de los hijos” (art. 39.2), seguramente no podía aventurar el profundo cambio que habrían de sufrir las estructuras familiares y ni siquiera atisbar las renovadas formas de relaciones paterno filiales que surgirían en el futuro. Junto a la importancia creciente de vínculos monoparentales compuestos por un solo progenitor -varón o, normalmente, mujer- y sus descendientes¹, los matrimonios homosexuales, las custodias compartidas (esto es, padre y madre separados o divorciados que de forma intermitente conviven con el menor en períodos semanales, quincenales o mensuales), la fecundación artificial de mujeres en solitario o las adopciones de menores por un solo individuo, cabe hacer referencia también, dentro de este elenco no exhaustivo de supuestos novedosos, a la denominada “maternidad subrogada”, entendida como aquella situación en la cual una mujer lleva a cabo una gestación mediante técnicas asistidas, asumiendo la obligación de entregar, de forma onerosa o lucrativa, al nacido a otro u otros contratantes o comitentes (padres intencionales), que pueden ser personas individuales, parejas de hecho o matrimonios homosexuales o heterosexuales². En todo caso, constituye esta una expresión sinónima de otras utilizadas para referir al mismo fenómeno, cual pudiera ser la de “gestación por sustitución” o el apelativo a “vientres de alquiler”, denominación más ofensiva y vejatoria en cuanto que denigraría no sólo a la mujer que voluntariamente se ofrece a gestar, sino también al hijo nacido por esa técnica. El término “gestación subrogada” será, por tanto, el utilizado mayoritariamente en este ensayo.

En España esta cuestión está siendo fuente de una especial controversia, sobre todo a la hora de dilucidar si cabe otorgar eficacia jurídica a la filiación obtenida de conformidad con las leyes de terceros Estados que sí permiten esta suerte de negocios jurídicos y determinan la filiación a favor

¹ Teniendo en cuenta que los supuestos de maternidad biológica emprendida en solitario por necesidad o conveniencia constituyen ya un supuesto clásico, necesariamente debe plantearse la pregunta de si es diferente la necesidad de atención del hijo en las familias monoparentales dependiendo del género del progenitor sobre el que recaiga el cuidado de los hijos. Y será precisamente la contestación a dicha pregunta la que posibilitará dar respuesta a la solicitud de la prestación por maternidad por parte de un sujeto del sexo masculino que recurre a la maternidad subrogada, pues una vez inscrita dicha filiación en el Registro Civil español, tal varón aparecerá como único progenitor conocido del hijo, dado que el contrato de maternidad subrogada, por esencia, implica la renuncia automática por parte de la mujer donante del óvulo y de la madre gestante a cualquier pretendido derecho que les pudiera corresponder respecto al nacido. SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestaciones por maternidad”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2013, pp. 241-242.

² VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 14, 2014, p. 900.

del sujeto comitente, previa renuncia de la madre gestante a los derechos ligados a tal condición; y en lo concerniente a determinar si tales situaciones pueden dar lugar al descanso por maternidad y a las prestaciones correspondientes en el ámbito de la Seguridad Social. Las respuestas que se han dado a estas cuestiones no han sido ni mucho menos pacíficas, abriéndose un gran debate en sede doctrinal y defendiéndose posiciones encontradas tanto en el plano administrativo como en el judicial, y dentro de este, con planteamientos también distintos desde las vertientes civil y laboral³.

La razón de que ni la normativa legal ni la reglamentaria específica en materia de Seguridad Social contemplan la circunstancia de la maternidad subrogada como hecho causante de prestación alguna se debe a la nulidad radical que se predica en España del contrato civil de gestación por sustitución. Por ello, una mera interpretación de la legalidad en sus propios términos llevó inicialmente a los entes gestores de la Seguridad Social a negar las prestaciones de maternidad para estas situaciones. No obstante, conviene no desconocer que el legislador utiliza el término maternidad sin acompañarlo de calificativo alguno, de lo cual podría deducirse un deseo implícito de ofrecer el mismo tratamiento jurídico a los supuestos de maternidad biológica y a aquellos en los que se accede a la condición maternal sin parto previo.

A partir de tal premisa, la búsqueda del bien jurídico protegido debe servir como canon hermenéutico en aquellos supuestos en que técnicamente puedan surgir discrepancias en la interpretación de los textos legales. Si el bien jurídico protegido por las prestaciones de maternidad es prioritariamente la atención al nuevo miembro de la familia, necesitado de cuidados singulares dada su vulnerabilidad biológica y las perspectivas de integración en el nuevo núcleo familiar, no cabe duda de que en supuestos de maternidad subrogada sí existe situación de necesidad, por lo que puede abogarse por una “solución de compromiso”⁴ y por una interpretación favorecedora de la concesión de las prestaciones si se dan los demás requisitos exigidos por la norma.

II. LA PROHIBICIÓN EN ESPAÑA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA BURLA A DICHA PROHIBICIÓN NORMATIVA

El art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, considera nulo de pleno derecho el negocio jurídico en virtud del cual “se concierta la gestación (con o sin precio) a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero”, nulidad acompañada de las correspondientes sanciones administrativas perfectamente cuantificadas⁵. Esto es, la prohibición legal abarca tanto al contrato oneroso como al gratuito. Por tanto, de celebrarse este contrato, no cabría otorgarle efecto jurídico alguno al estar viciado de nulidad *ab radice*. Es más, el propio Código Penal (art. 221) considera delictivos aquellos hechos en los que “mediando compensación económica”, se entregue a otra persona o se reciba “un hijo...

³ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018, p. 72. Aludiendo a esta polémica también LÓPEZ INSUA, B.M.: “Maternidad subrogada y protección del menor desde una perspectiva integradora: El derecho laboral de nuevo a examen”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017, p. 168.

⁴ En terminología de SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestaciones por maternidad”, cit., p. 241, pues en realidad se está aplicando la misma respuesta ante aquellas situaciones en las que se desencadena un episodio de maternidad biológica en que la identificación de la madre resulta imposible (y que únicamente pueden presentarse en la práctica por medio del recurso a esta técnica de fecundación artificial conocida como maternidad por subrogación) a la que tradicionalmente ha ofrecido el ordenamiento jurídico ante casos de “desconocimiento de la identidad del padre”, en los que se constituye también una familia monoparental y en los que nunca se ha dudado de que es este único progenitor conocido (en este caso la madre) el sujeto que ha de disfrutar de la prestación por maternidad. La STSJ Madrid 23 diciembre 2014 (rec. 497/2014) concede la prestación de maternidad en un supuesto de maternidad subrogada entendiendo que se está ante una situación análoga a la de maternidad monoparental. Un comentario a la misma en HERRANZ HERGUEDAS, M.: “Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 178, 2015 (versión electrónica: BIB 2015/4135).

⁵ Según cierto sector doctrinal, no parece que la imposición de sanciones sea la mejor solución en orden a atajar este tipo de pactos porque ante un asunto como este, siempre habrá quienes estén dispuestos a asumir las hipotéticas multas pecuniarias previstas legalmente, en detrimento de quienes, estando también dispuestos a ello, carezcan de recursos económicos suficientes. SELMA PENALVA, A.: “Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015, p. 296.

eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”⁶.

Sin entrar a valorar los argumentos éticos a favor o en contra de la regulación prohibitiva o digna de represión punitiva por la que opta el ordenamiento jurídico español frente a otros sistemas más permisivos⁷, lo cierto es que cada vez son más frecuentes los supuestos en los se celebran encargos de gestación por sustitución con arreglo a una Ley extranjera que admite su legalidad. Algunos Estados admiten este tipo de negocios ligados a cierto tipo de condiciones que tienen que ver con el carácter altruista del contrato y/o con la causa de su celebración, admitiéndose aquellos relacionados con problemas médicos. Este dispar tratamiento jurídico de la institución a nivel internacional está generando que muchas parejas del mismo o distinto sexo o personas individuales, de países donde la gestación por sustitución está prohibida, particularmente España, se trasladen a otros países donde tales prácticas si están permitidas a fin de alcanzar su deseo de ser padres y conseguir que la filiación se determine a su favor.

Surge entonces un riesgo social con entidad propia, cual es el nacimiento de un hijo, que despliega sus efectos jurídicos en numerosos ámbitos: alimenticios, sucesorios y, cómo no, laborales y de Seguridad Social, pudiendo señalar en este último ámbito que la entidad gestora de las prestaciones, el INSS, ha venido reconociendo el derecho al disfrute de la prestación por paternidad⁸, pero denegando sistemáticamente (hasta su legalización *de facto* por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo), la prestación de maternidad, realizando una interpretación literal del escenario de normas sociales reguladoras, articulada en un doble plano⁹:

- A) Por un lado, dentro del marco estrictamente contractual, los arts. 45. 1 d) y 48.4 del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET), otorgan el derecho a la suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo cuando estos acontecimientos tuvieran carácter múltiple.
- B) Por otro, con la finalidad de compensar la pérdida temporal de salario, los arts. 177 y ss. del RD legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), reconocen un subsidio económico del 100 por 100 de la base reguladora tomada en consideración para

⁶ Ampliamente en la doctrina, entre otros, CARRASCO ANDRINO, M.F.M.: “La protección penal de la filiación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010 o MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: “Comentario al art. 221 CP”, en AA.VV. (GÓMEZ TOMILLO, M., Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Valladolid (Lex Nova), 2010, pp. 865 y ss.

⁷ La gestación por sustitución es legal en varios Estados de Estados Unidos, en Rusia, Ucrania, Georgia, Kazajistán, algunos Estados de México, India, Canadá, Israel, Grecia, Reino Unido o Portugal. Pero está prohibida en otros como España, Italia, Alemania, Austria, Hungría o Islandia. ESCRIBANO VINDEL, C.: “La gestación por sustitución y las prestaciones de Seguridad Social (maternidad y paternidad)”, *Revista Técnico Laboral*, núm. 149, 2016, pp. 6 a 8. No obstante, algunos de ellos, están pasando de la permisividad a la prohibición o limitación, como es el caso del Gobierno de India, que anunció a finales de octubre de 2015 que limitaba la posibilidad de tener hijos a través de esta técnica de reproducción “solo a los matrimonios indios infértiles, y no a extranjeros” (también a personas solas y parejas de homosexuales), recogiendo una iniciativa legislativa popular en la que se rechazaba la imagen que se tiene de India como “fábrica de bebés”. Como industria que es, además de generar “mercados negros”, puede trasladar de inmediato sus “fábricas a otros países más permisivos, como sucedió con Camboya, que (como Tailandia) también acaba de prohibir, por orden ministerial, la gestación subrogada. MOLINA NAVARRETE, C.: “Prohibida la ‘nacional’, ¿protegemos la ‘gestación/maternidad subrogada internacional’ con prestaciones sociales?”, *Estudios Financieros. Revista Trabajo y Seguridad Social*, núm. 406, 2017, p. 208.

⁸ El hecho causante de la prestación de paternidad es el nacimiento del hijo (y la adopción o el acogimiento) *ex art.* 22.1 RD 295/2009, de 6 de marzo, por lo cual resulta evidente que el objetivo de la prestación no puede ser otro que asistir al recién nacido en sus primeros días de vida. Por eso precisamente se ha concedido sin demasiados problemas cuando ha sido solicitada la prestación por padres intencionales que han suscrito en el extranjero con la madre biológica un contrato de maternidad subrogada. En la doctrina, entre los análisis más recientes, vid. GALA DURÁN, C.: “El permiso de paternidad: un balance tras casi diez años de su implantación”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 406, 2017, pp. 57 y ss.

⁹ Criterios de 23 de julio de 2009 y de 15 de julio de 2010.

calcular el subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes, siempre y cuando se acrediten los períodos de carencia exigidos, a las situaciones de “maternidad, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar”, circunstancias a las que hay que añadir, al calor de lo dispuesto en el art. 2.1 del RD 295/2009, de 6 de marzo, la “tutela” cuando el tutor sea un familiar que no pueda adoptar al menor¹⁰.

III. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN FAVOR DE LOS PADRES COMITENTES

Ante las negativas reiteradas de la entidad gestora a conceder el subsidio por maternidad, por entender que la persona que puede acceder a la prestación por maternidad es exclusivamente la que gesta y da a luz a su hijo (“*mater semper certa est*”) y no quien contrata el nacimiento con un tercer sujeto, han sido cuantiosos pero divergentes los pronunciamientos judiciales de suplicación al respecto, hasta su unificación por el Tribunal Supremo.

1. DOCTRINA DE SUPLICACIÓN

En los tribunales del orden social ha sido muy discutida la cuestión de si los alumbramientos de hijos habidos por dicha modalidad de gestación por sustitución dan o no derecho a los permisos y prestaciones de Seguridad Social pertinentes, dando lugar este debate, al igual que sucede en el plano civil, a posiciones encontradas.

Una temprana resolución judicial que concedió la prestación de maternidad en un supuesto de maternidad subrogada fue la del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012¹¹. Ante un contrato de gestación por sustitución y filiación a favor de una pareja heterosexual, el Juzgado entendió que el hecho de que el contrato de maternidad subrogada esté prohibido en el ordenamiento jurídico español no priva de protección a la situación, ejemplificando la misma con lo que ocurre con la pensión de viudedad en supuestos de poligamia; institución prohibida en el ordenamiento que, sin embargo, sí tiene consecuencias jurídicas en el ámbito de la Seguridad Social. No obstante, conviene no olvidar que en este caso es el propio legislador quien ha decidido otorgar efectos prestacionales a un matrimonio nulo. A este primer pronunciamiento le han seguido otros muchos¹², considerando que lo prioritario es la atención del menor y el estrechamiento de los lazos paternos con el mismo. Así se deduce del hecho de que sea beneficiaria de la prestación no solo la madre sino también el padre; que sea superior el período de tiempo para el cuidado de menor que para la recuperación de la madre biológica; que se proteja la adopción y el acogimiento o, en fin, y de manera puntual, aludiendo a un hipotético derecho fundamental a la reproducción que debe ser respetado plenamente y en todas sus facetas¹³.

¹⁰ Un estudio exhaustivo sobre las situaciones protegidas puede verse en BALLESTER PASTOR, M.^a: *La prestación por maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2013, pp. 33-35.

¹¹ (AS 2012/924). Un comentario a la misma en HIERRO HIERRO, F.J.: “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Aranzadi Social*, núm. 41, 2012 (BIB 2012/2899).

¹² Entre las sentencias que han reconocido el disfrute a la citada prestación, cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo, SSTSJ, Social, Madrid 8 octubre 2012 (rec. 1875/2012), 3 marzo 2013 (rec. 3783/2012), 23 diciembre 2014 (rec. 497/2014), 17 julio 2015 (rec. 429/2015), 12 febrero 2016 (rec. 739/2015) o 31 marzo 2016 (rec. 577/2015); Principado de Asturias 20 septiembre 2012 (rec. 1604/2012); Cataluña 23 noviembre 2012 (rec. 6240/2011), 9 marzo 2015 (rec. 126/2015), 1 julio 2015 (rec. 2460/2015) –comentada por GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: “Reconocimiento de la prestación de maternidad a padre biológico de menores nacidos por gestación de sustitución en Estados Unidos. STSJ Cataluña, de 1 de julio de 2015 (AS 2015, 1826)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016, pp. 318 y ss–, 15 septiembre 2015 (rec. 2299/2015) o 11 febrero 2016 (rec. 6519/2015); País Vasco 10 enero 2017 (rec. 1962/2016) o Baleares 30 enero 2017 (rec. 398/2016). Reconociendo el derecho de la prestación por maternidad al padre biológico en un supuesto de gestación por sustitución en el que la madre es trabajadora por cuenta propia y pertenece a una Mutualidad de Previsión Social que no contempla la protección, SSTSJ, Social, Murcia 3 noviembre 2014 (rec. 330/2014) y 30 marzo 2015 (rec. 931/2014).

¹³ STSJ, Social, Social, 23 diciembre 2014 (rec. 497/2014).

No obstante, tampoco faltan ejemplos que deniegan el derecho a la prestación de maternidad¹⁴ a partir de la consideración de que el contrato de gestación por sustitución está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, aduciendo también que la prestación por maternidad no se contempla para estos supuestos. Resulta llamativo que en alguna de estas sentencias los propios Tribunales Superiores de Justicia admitan estar de acuerdo con el reconocimiento de la prestación económica, pero la denieguen por sentirse vinculados por la jurisprudencia comunitaria. No obstante, resulta impertinente que los TSJ aduzcan esta doctrina del TJUE para rechazar las prestaciones por maternidad, toda vez que lo único que se infiere de ella (como se analizará en detalle en el epígrafe siguiente) es que el Derecho Comunitario no obliga a los Estados miembros a reconocer un permiso por maternidad a las madres subrogantes, resultando acordes con la normativa comunitaria las legislaciones nacionales que no prevean tales permisos¹⁵.

2. DOCTRINA UNIFICADA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Ante la manifiesta contradicción de la doctrina de suplicación se ha manifestado el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos unificadores en el año 2016 (uno de 25 de octubre¹⁶; otro de 16 de noviembre¹⁷; dos de 30 de noviembre) y otros dos de 14 de diciembre de 2017, acompañados los dos primeros de varios votos particulares, lo cual da sobradas muestras de la dificultad existente para dar una respuesta de consenso.

Siguiendo un orden cronológico, la primera resolución judicial, de 25 de octubre de 2016, otorga la prestación por maternidad durante 18 semanas y el subsidio especial por cada hijo a partir del segundo al padre biológico de dos niñas, gestadas por subrogación en un vientre de alquiler en la India e inscritas en el Registro civil del Consulado de España en Nueva Delhi, constando el acuerdo de los progenitores por el cual el varón asume, en exclusiva, “todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad”, pudiendo instalarse con las menores donde quiera. El padre biológico asume en este caso la posición de progenitor único, debiendo acudir a lo dispuesto en el art. 3.2 del RD 295/2009, que permite transferir al padre las prestaciones económicas por maternidad en los supuestos en los que la madre hubiese fallecido, en el bien entendido sentido de que la realidad de ausencia total de cuidado materno y la renuncia expresa a tal quehacer es similar a la muerte de la progenitora¹⁸.

Por su parte, la segunda decisión, de 16 de noviembre, reconoce el derecho a la prestación por maternidad a una mujer ante el nacimiento de un niño a través de un contrato de gestación suplantada, que ha sido inscrito en el registro del Consulado de España en los Ángeles como hijo de la actora y de su esposo.

En ambas, los solicitantes de la prestación eran trabajadores por cuenta ajena. En cambio, en las sentencias del 30 de noviembre¹⁹, el padre se encontraba en régimen de pluriempleo en la primera,

¹⁴ Por el contrario, entre las sentencias que han negado la posibilidad de recibir el citado auxilio económico, procede citar, a título de ejemplo, las SSTSJ, Social, Madrid 7 julio 2014 (rec. 142/2014) y 5 octubre 2015 (rec. 473/2015); País Vasco 13 mayo 2014 (rec. 749/2014) –comentada por OLARTE ENCABO, S.: “La protección social por maternidad en los supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015, pp. 130 y ss– y 3 mayo 2016 (rec. 651/2016) o Andalucía/Sevilla 4 febrero 2015 (rec. 1317/2014).

¹⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, núm. 881/2016, de 25 de octubre (Recud. 3818/2015)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 10, 2017, p. 185.

¹⁶ Rec. 3818/2015.

¹⁷ Rec. 3146/2014.

¹⁸ Según la doctrina más crítica, del debate no tendría por qué haber girado en torno a si la maternidad subrogada genera o no derecho a prestaciones de la Seguridad Social, pues lo que se cuestiona es si la renuncia a la patria potestad por parte de la madre biológica es asimilable a su ausencia por fallecimiento y, por tanto, habilitante de la aplicación del art. 3.3 RD 295/2009. ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2018.

¹⁹ Núms. 1021 y 1022, respectivamente.

compatibilizando la situación de personal estatutario fijo de la Comunidad Autónoma de Madrid con la de profesor ayudante, en régimen laboral. En la segunda, de la misma fecha, el debate gira en torno a un trabajador dado de alta en el RETA. No obstante, lo más significativo es que en estos dos últimos pronunciamientos, los votos particulares se han reducido a uno (frente a los seis y cinco de las dos primeras).

En fin, y sin ánimo de mayor exhaustividad, en las de 14 diciembre 2017²⁰, el Tribunal Supremo reconoce el subsidio de maternidad a una trabajadora que es madre tras haber tenido dos hijas en virtud de un contrato de gestación por sustitución, inscritas en el Registro civil consular de España en San Francisco, en aplicación del art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor (cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte) y del art. 39 relativo a la protección a la familia y a la infancia, sin que la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, en aplicación del art. 10 de la Ley 14/2006 pueda perjudicar a la situación de las menores. En el otro de la misma fecha se procede al reconocimiento del subsidio a un trabajador, que es padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución, cuyo hijo consta inscrito en el Registro civil del Consulado de España en Chicago, bajo argumentos similares, que se sintetizan a continuación. Estos dos pronunciamientos no tienen votos particulares.

En todos los supuestos y pese a los matices diferenciadores, pues en unos casos el solicitante de la prestación por maternidad es el padre biológico mientras en otros no concurre tal circunstancia en ninguno de los que aparecen como progenitores, el Tribunal Supremo lleva a cabo un razonamiento coincidente favorable al reconocimiento de la prestación por maternidad, fundado, en síntesis, en los siguientes argumentos²¹:

1.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias de 28 de junio de 2014 (asuntos *Mennesson c. Francia*²² y *Labasse c. Francia*²³) y de 27 de enero de 2015 (asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*)²⁴, ha considerado que la negativa a reconocer la filiación por las autoridades gubernativas francesas e italianas en los supuestos de maternidad subrogada viola el art. 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce el respeto a la vida privada y familiar, entendiéndose que si existe convivencia familiar entre los padres subrogados y los menores ha de protegerse esta circunstancia en beneficio de los segundos. La retirada del menor de su entorno familiar es una medida extrema a la que solo se debe acudir como último recurso y en respuesta a la necesidad de proteger al niño frente a una amenaza inmediata para él (maltrato físico o psicológico; abusos sexuales, desequilibrio psicológico de los padres, etc.). No obstante, conviene advertir que la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo, en su sentencia de 24 de enero de 2017, revocó la resolución que adoptó en instancia, relativa al asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, partiendo de la base de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce el derecho a ser padres y que, en el caso en cuestión, no había existido una “vida familiar *de facto*”,

²⁰ Recs. núms. 2859/2016 y 2066/2016, respectivamente.

²¹ Ya analizados previamente en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M.ª.R.: “El Tribunal Supremo ante la ‘gestación por sustitución’: reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017, pp. 155 y ss.

²² Demanda 65192/11. Un comentario de esta resolución, más centrada en la determinación de la filiación que en sus repercusiones hacia el sistema protector de la Seguridad Social en FLORES RODRÍGUEZ, J.: “Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco”, *La Ley*, 14 de julio de 2014 (versión electrónica: LA LEY 4874/2014) y GARCÍA ABURUZA, M.ª.P.: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2015 (versión electrónica: BIB 2015/4006).

²³ Demanda 65941/11.

²⁴ Demanda 25358/12. Un comentario a la misma en MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015 (TEDH 2015, 17), asunto ‘Paradiso y Campanelli c. Italia’, demanda núm. 25358/2012”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 399, 2016, pp. 195 y ss.

teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los padres de intención, la corta duración de la relación con el niño y la incertidumbre de los lazos desde una perspectiva jurídica²⁵.

2.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencias (dos) de 18 de marzo de 2014²⁶, considera, por una parte, que la Directiva 92/85, de 19 de octubre, no obliga a que los Estados miembros confieran el permiso de maternidad a una madre subrogante, y, por otra, que de las Directivas 2006/54, de 5 de julio, y 2000/78, de 17 de noviembre, no cabe inferir una discriminación basada en el sexo o por motivo de discapacidad ante la denegación de un empresario de un permiso por maternidad en un supuesto de gestación suplantada. Sin embargo, nada impide a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones más favorables que las albergadas por las Directivas mencionadas²⁷.

El plano de “legalidad” con el que funcionan las SSTJUE es diferente. Lo que se enjuicia en estos casos es si los Estados miembros están obligados a conceder prestaciones de maternidad en estas situaciones de maternidad por sustitución, y la respuesta es evidente: no tienen obligación de contemplar estas situaciones en su ordenamiento interno. En cambio, lo que se discute en la instancia jurisdiccional interna es si a la luz de la normativa vigente puede concederse una prestación de maternidad para los supuestos de maternidad subrogada²⁸. Sin olvidar tampoco que la Directiva 2010/18, sobre los permisos parentales, establece “disposiciones mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares” (cláusula 1ª)²⁹. Ambas doctrinas pueden ser compatibles: no es obligado que los Estados de la Unión articulen una prestación de Seguridad Social para proteger la maternidad subrogada, pero privar de la filiación a los menores puede violentar o vulnerar el derecho a la vida familiar³⁰.

3.- El art. 10 de la Ley 14/2006 no admite la maternidad por subrogación y asigna la filiación en tales casos a la madre biológica, entendiendo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de febrero de 2014³¹ y auto de 2 de febrero de 2015³², que ha de rechazarse la inscripción como hijos biológicos de los contratantes a los nacidos en otro Estado donde se han gestado mediante la técnica, prohibida en España, de la maternidad subrogada, pues, según los arts. 1271 y 1275 CC, la vida humana no puede ser objeto de contrato alguno y la toma en consideración del interés del menor puede conseguirse con la reclamación de la paternidad posterior, la adopción u otras instituciones admitidas en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como sucede con el acogimiento, debiendo facilitarse la “reconversión” de la realidad fáctica nula a una situación legalmente aceptable en nuestro país³³.

²⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: “El TEDH no da cheques en blanco a los padres intencionales: es legítimo que el Estado evite la maternidad subrogada de facto. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017, Paradiso y Campanelli v. Italia, demanda núm. 25358/12”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 408, 2017, pp. 121 y ss.

²⁶ Asuntos C-167/12 y C-363/12. Sobre la última resolución vid. los comentarios de RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Permiso por maternidad para `madres subrogantes´: problemática laboral de los vientres de alquiler”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2014, pp. 716 y ss. y MORENO PUEYO, M.J.: “La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE 18-3-2014 (TJCE 2014, 113)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015, pp. 287 y ss.

²⁷ Tal y como había señalado la STS, Social, 19 octubre 2016 (rec. 1650/2015).

²⁸ Rotundo en tal sentido, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8, 2016, p. 89.

²⁹ RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, E.: “La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo (y II)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2015, p. 97.

³⁰ En la doctrina, por todos, HIERRO HIERRO, F.J.: “Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: La jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017, pp. 95 y ss.

³¹ Rec. 245/2012.

³² VAQUERO LÓPEZ, C.: “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015 (BIB 2015/982).

³³ Un análisis de esta sentencia puede encontrarse en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y DE CASTRO MEJUTO, S.J.: “¿*Mater semper certa est?* La maternidad subrogada como situación generadora de derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrincado litigio”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2015, pp. 58 y ss.

Ahora bien, esta sentencia y este auto, acompañados de un voto particular suscrito por cuatro Magistrados, reconoce, al tiempo, que si los menores tienen relaciones familiares *de facto* con los padres subrogantes, la solución que haya de buscarse ha de tener presente este extremo y “permitir el desarrollo y protección de estos vínculos”, no en vano la ilegalidad del contrato de gestación por sustitución no puede hacerse extensible al resultado del mismo, esto es, al menor efectivamente engendrado y alumbrado.

4.- El TRLGSS, en su art. 177 (anterior 133), no menciona expresamente los procesos de gestación por subrogación entre las situaciones protegidas a efectos de lucrar una prestación por maternidad, sino que únicamente alude a “la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores...”. Por su parte, la norma remitida, el TRET, al regular la suspensión del contrato de trabajo, exclusivamente se refiere a los supuestos de “parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento”.

A partir de aquí, tal y como señala el propio Tribunal Supremo, surgen diversas hipótesis interpretativas: que el listado de situaciones protegidas posee carácter cerrado y rechaza los casos como el ahora examinado; que la maternidad subrogada no deja de ser una variante de la genérica, por lo que ha de subsumirse en ella; que la analogía aconseja asimilar el supuesto al de acogimiento; en fin, que se trata de previsiones contrarias a la Constitución puesto que discriminan por razón de género a determinadas personas que desean tener descendencia o que los menores de padres subrogados son objeto de un trato peyorativo incompatible con el art. 14 CE.

De todas estas posibles hipótesis hermenéuticas, el Alto Tribunal opta por una interpretación extensiva, entendiendo que la gestación subrogada está protegida a efectos de lucrar la prestación por maternidad, en tanto la finalidad de tal prestación no es tutelar la salud de la madre tras el alumbramiento, sino fomentar las relaciones paterno filiales, así como el bienestar y cuidado del menor, evitando que el desarrollo del trabajo reste tiempo a tales efectos. Es irrelevante, por ende, lo previsto en el art. 10 de la Ley 14/2006, que reconoce la nulidad del negocio jurídico subyacente a una gestación por subrogación, pues se trata de una norma ajena a la regulación de una prestación de Seguridad Social, que no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar, debiendo procurar que esos hijos no vean mermados sus derechos.

El principio de “protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, reconocido por el art. 39.2 CE”, aconseja no adicionar causas de exclusión ignoradas por el TRLGSS al establecer sus prestaciones.

Es más, el art. 2.2 del RD 295/2009 dispone, en una relativa apertura del elenco de supuestos protegidos, que “se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento... aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad o efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento...”. No obstante, parece que la finalidad de dicho precepto no es equiparar la maternidad subrogada a la adopción o a la guarda sino simplemente el reconocimiento de que aquellas figuras o instituciones de ordenamientos extranjeros que tengan efectos similares a la adopción y la guarda, se llamen como se llamen, se asimilen a nuestras instituciones nacionales, extendiéndose también a ellas la prestación³⁴.

En definitiva, la conclusión es idéntica en el fallo de todas las sentencias analizadas: existiendo una verdadera integración de los menores en el núcleo familiar del progenitor o progenitores subrogados, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas.

³⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017, p. 15.

3. ARGUMENTOS EN CONTRARIO A PARTIR DE LOS VOTOS PARTICULARES

Además de las dudas suscitadas sobre la existencia de contradicción como requisito de admisibilidad del recurso para la unificación de la doctrina y del debate sociológico sobre la posibilidad de comercialización con el embarazo que la gestación por sustitución puede conllevar, situando al recién nacido en una zona próxima a un “objeto, que además estaría dentro del comercio” y constituiría una situación atentatoria y contraria al respeto a la dignidad humana, favorecedora de un “turismo procreativo o reproductivo” transnacional³⁵, los motivos que fundamentan el sentir discrepante pueden resumirse en los siguientes:

1.- El listado de situaciones protegidas para el disfrute de la prestación por maternidad impide realizar una interpretación extensiva, pues el principio de legalidad no permite llevar a cabo una lectura distinta de la literal, idea sostenida con anterioridad para los supuestos de acogimiento y adopción múltiple cuando no estaban contemplados por el legislador³⁶. Es más, en el primero de los supuestos analizados, no cabe hablar en puridad de subrogación en la maternidad -sustitución de una madre biológica por otra comitente-, sino de atribución exclusiva de la patria potestad al padre por renuncia expresa de la madre, pese a constituir un derecho/deber indisponible y, por lo mismo, irrenunciable. De hecho, la situación que se ha producido para las menores es similar a la del fallecimiento de su madre biológica. Es más, proteger una situación de necesidad no justifica, sin más, el reconocimiento de una prestación.

2.- Tampoco cabe efectuar una interpretación analógica, pues no existe laguna que llenar dado que la gestación por sustitución resulta ilegal a la luz de lo previsto en el art. 10 de la Ley 14/2006, sin posibilidad de amparo normativo alguno en cuanto contrario al orden público interno, lo cual impide que del acto extramuros del amparo jurídico pueda derivarse el nacimiento de derechos anudados a situaciones legítimas. Tampoco deja de excluir la semejanza el hecho de que las situaciones expresamente protegidas por la ley (adopción y acogimiento) están dotadas de una oficialidad -intervención de autoridades administrativas y judiciales- que comporta toda clase de garantía para los intereses en juego (tanto de la madre biológica como del menor) que está ausente en un contrato privado, y cuya carencia no subsana el hecho de que *a posteriori* un Tribunal extranjero, en su caso, pueda confirmar la eficacia del negocio jurídico que las partes han suscrito sin intervención oficial ni garantía algunas; con independencia, en cualquier caso, del desajuste de tal negocio con los principios jurídicos más elementales en orden a la tutela de la personalidad y dignidad humanas.

3.- Los intereses del menor pueden quedar protegidos de la forma señalada en la STS, Civil, de 6 de febrero de 2014. Esto es, si se trata de un padre biológico reconociendo al niño como hijo natural y si se trata de un progenitor o progenitora, no aportante genético, mediante la adopción (accesible también para parejas de hecho homosexuales)³⁷ o el acogimiento, máxime si se tiene en cuenta que “hay cambios que, de ser procedentes, debe realizar el Parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”. El juez no puede, pues, sustituir al legislador. La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución.

³⁵ Calificativo utilizado por MOLINA NAVARRETE, C.: “Prohibida la ‘nacional’, ¿protegemos la ‘gestación/maternidad subrogada internacional’ con prestaciones sociales?”, cit., p. 204.

³⁶ SSTS, Social, 5 mayo 2003 (rec. 2497/02), 24 junio 2004 (rec. 4504/03) y 27 febrero 2007 (rec. 4750/05).

³⁷ La adopción crea un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado, pero el principio básico por el que ha de regirse no es en absoluto el de simular en lo posible la relación de maternidad y/o paternidad biológica, sino únicamente el de priorizar el interés superior del niño que va a ser adoptado, tal y como expresan los Tratados Internacionales. Sobre el particular, GARCÍA RUBIO, M.P.: “La adopción por y en parejas homosexuales”, en VV.AA. (ABRIL CAMPOY, J.M. y AMAT LLARI, E., Coords.): *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006.

4.- De conformidad con lo previsto en el art. 4.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), debería haberse planteado, como cuestión prejudicial civil, la validez de la inscripción en el Registro civil de la filiación, pues el art. 10 de la Ley 14/2006 no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, sino que también prevé cuál debe ser el régimen de filiación del niño alumbrado como consecuencia de dicho negocio. Al no pronunciarse sobre la nulidad del contrato de maternidad subrogada, ni sobre la validez de la inscripción registral estaría incurriendo en incongruencia omisiva, vulnerando el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE.

5.- Los solicitantes de las prestaciones por maternidad actúan en fraude de ley, pues en España el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, medie o no precio, lo que comporta que la filiación materna la determine el parto. Para burlar esa prohibición, se desplazan a un país donde se permite la gestación por sustitución, consiguiendo hijos de una madre de alquiler. Tal actuación, a juicio de los intérpretes disidentes, pretende burlar la normativa española, siendo contraria al orden público nacional, lo cual exime al INSS de abonar prestaciones. Lo que pretenden los comitentes de la subrogación no es prioritariamente defender el beneficio del recién nacido, que se puede satisfacer por las vías alternativas señaladas, sino que se les reconozca, pese a estar prohibida la figura en el derecho español, la cualidad y los derechos de los padres biológicos.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN

Ante la realidad fáctica de que, pese a estar prohibidos, estos contratos se celebran y nacen hijos fruto de la gestación por sustitución, la Ley 14/2006 se ocupa también de dar solución a la filiación de tales hijos, tratando de evitar que los mismos queden en una especie de limbo jurídico. En concreto, la norma determina a quién corresponde la filiación materna y paterna, considerando que aquella viene determinada por el parto y reconociendo, respecto al padre biológico, el derecho que le asiste de reclamar la paternidad mediante la interposición de la acción judicial correspondiente de conformidad con las reglas generales³⁸, existiendo la posibilidad de recurrir a la adopción o al acogimiento por quienes no hayan aportado gametos. En correspondencia con ello, en los supuestos de gestación por sustitución, “madre” será, no la comitente, sino la que ha dado a luz y por lo que atañe a la filiación paterna, esta pueda determinarse por vía judicial mediante sentencia que la establezca legalmente.

Lo que impide esta regulación es que a través de un contrato de gestación por sustitución puedan alterarse las reglas civiles y reconocer el status jurídico de madre a persona distinta de la gestante. No obstante, cabría plantearse si esta solución resulta la más adecuada desde el punto de vista del interés del menor, ya que en última instancia supone otorgar los derechos derivados de la filiación a quien no desea ser madre³⁹, existiendo otra persona que sí está dispuesta a ello. Y lo que resulta más paradójico es que el legislador declare nulo el contrato de gestación por sustitución, impidiendo que la filiación se otorgue a favor de los padres comitentes y que, al mismo tiempo, se permita a estos obtener a su favor la filiación de los hijos nacidos de estas prácticas prohibidas mediante el recurso a la adopción o al acogimiento familiar.

Para el reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el supuesto de nacimiento de un hijo por gestación por sustitución en un país extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país, la

³⁸ Los arts. 764 y ss. LEC permiten al hijo el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad, así como al padre biológico la reclamación de la filiación paterna.

³⁹ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, cit., pp. 73 y 76, calificando de “hipócrita” la regulación que condena a los sujetos comitentes a tener que soportar un largo peregrinaje a fin de obtener la filiación por la vía del acogimiento familiar o de la adopción, con los inconvenientes que este retraso en la determinación de la filiación pueda suponer respecto a los padres, y particularmente, para el propio hijo. De alguna manera, parece que la posibilidad de que los padres comitentes puedan adoptar o acoger al menor garantiza la salvaguarda del interés superior de este último, pero la salvaguarda de la dignidad de la mujer gestante queda en entredicho.

entidad gestora española exige como requisito necesario que se haya acreditado la previa inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español.

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil, regula en su art. 96 el procedimiento para la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras firmes, contemplando la posibilidad de obviar el previo procedimiento de exequátur siempre que no haya oposición de las partes y que por el encargado del Registro se verifique la regularidad y autenticidad de la documentación presentada, que la competencia del órgano judicial extranjero esté basada en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española y que la resolución extranjera no resulte “manifiestamente” incompatible con el orden público español⁴⁰, adverbio de aristas muy estrictas que únicamente va a permitir rechazar la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras absolutamente contrarias a los principios esenciales que rigen nuestro Derecho de familia, como pudieran ser las dimanantes de matrimonios bigamos o que impliquen la posición predominante de uno de los cónyuges, pero no aquellas otras que declaren una filiación que traiga como causa un contrato que el ordenamiento interno simplemente no reconoce⁴¹.

Por ende, aun cuando es clara la nulidad de los contratos de gestación por sustitución en el ordenamiento español, queda autorizado el reconocimiento de las resoluciones, e incluso de las certificaciones extranjeras basadas en una decisión judicial, siempre que se den los requisitos apuntados⁴², de modo que, en aras a proteger el interés superior del menor amparado por el art. 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1989, el art. 10 de la Ley 14/2006 sólo rige cuando se trate de un supuesto de nacimiento producido en España, pero no cuando el mismo haya ocurrido fuera de nuestras fronteras, en un país que admita la gestación intencional⁴³.

No parece coherente mantener vigente la prohibición prevista en el art. 10 de la Ley 14/2006 y, al tiempo, permitir inscripciones en el Registro civil español de certificaciones de filiación extranjeras que tienen su origen en esta suerte de negocios jurídicos cuando cumplen ciertas condiciones. No obstante, si la filiación se genera por la convalidación internacional de la inscripción registral de la filiación producida por medio de la maternidad subrogada, la respuesta del sistema socio-laboral ha de ser la cobertura protectora, de suerte que esta resolución extranjera, tal y como ha reconocido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, estaría amparada por lo dispuesto en el art. 2.2 del RD 295/2009, en virtud del cual se consideran equiparadas a la adopción o acogimiento aquellas “instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple”.

Una interpretación distinta de la extensiva no sólo dejaría sin amparo a los progenitores subrogantes, sino lo que es peor aún, al menor nacido de un vientre de alquiler⁴⁴, vulnerando lo previsto en el art. 39.2 CE, que reconoce el principio de igualdad de los hijos ante la ley con

⁴⁰ Considerando que el contrato de gestación por sustitución sí contraviene el orden público, así como el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana consagrado en el art. 10 CE, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011, p. 7. En sentido contrario empero, considerando que el art. 10 Ley 14/2006 es una norma imperativa pero no de orden público, CAMARERO GONZÁLEZ, G.J.: “Notas sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7910, 2012, p. 5 o VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, *Diario La Ley*, núm. 9827, 2017, p. 9.

⁴¹ ESCRIBANO VENDEL, C.: “La gestación por sustitución y las prestaciones de Seguridad Social (maternidad y paternidad)”, cit., p. 12.

⁴² SÁNCHEZ-MORALEDA, A.M.: “La inscripción de los hijos españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS 5 febrero 2014”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2014 (BIB 2014/852).

⁴³ PANIZO ROBLES, J.A.: “La maternidad por contrato de sustitución sigue sin estar amparada por la acción protectora de la Seguridad Social (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014)”, *Información Laboral*, núm. 5, 2014 (BIB 2014/2250).

⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, M.B.: “La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016, p. 23.

independencia de la filiación, máxime cuando se ha modificado el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, por la LO 8/2015, de 22 de julio, para significar expresamente y de manera contundente y categórica que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito privado como en el público... (de forma que) en aplicación de la presente Ley y demás normas que les afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales u órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”⁴⁵. La Resolución núm. 5/2011, de 23 de septiembre, de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴⁶ (que de una manera muy gráfica expone cual es el mecanismo a través del cual se procede a protocolizar el contrato de gestación por sustitución suscrito en el extranjero)⁴⁷ considera que es inscribible en el Registro español el nacimiento en el extranjero por esta técnica de gestación por sustitución cuando existe resolución judicial dictada por órgano judicial competente en la que conste la filiación del menor, siempre que conste el libre consentimiento y la renuncia de la mujer gestante y se acredite que no se ha producido una vulneración del interés del menor⁴⁸.

De este modo, convertido el problema de la filiación (por naturaleza o por adopción) en una mera cuestión administrativa burocrática se pretende orillar la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación por sustitución que observa el art. 10.1 de la Ley 14/2006, pues no se trataría tanto de analizar la nulidad de un contrato y sus consecuencias civiles y hacia el ámbito prestacional de la Seguridad Social, sino más sencillamente de apreciar “la legalidad de una documentación burocrática judicial evacuada por el tribunal jurisdiccional extranjero”.⁴⁹ Y desde este plano meramente formal, en la medida en que existe una resolución judicial extranjera con un efecto jurídico muy preciso: atribuir las responsabilidades filiales a una/s persona/s muy concreta/s (los padres intencionales) que es similar a la que el ordenamiento patrio evacúa para constituir una adopción o un acogimiento, no hay duda de que una vez inscrito en el Registro civil español el menor nacido en el extranjero mediante la técnica de maternidad subrogada, reunirían los progenitores la acreditación documental suficiente para solicitar la prestación por maternidad.

Todo lo anterior provoca, *de facto*, amén de la consabida inseguridad jurídica⁵⁰, una situación discriminatoria respecto a los supuestos de maternidad subrogada que puedan tener lugar en territorio nacional por parte de ciudadanos españoles fomentando, de este modo, un cierto elitismo en el acceso a la gestación por sustitución, en la medida en que solo podrán acceder a la misma quienes dispongan de medios para acudir a los países que la autorizan.

⁴⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., pp. 82-83 o MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.M.: “El interés superior del menor del art. 1.2 de la LO 8/2015 y cómo incidirá en el reconocimiento de situaciones privadas internacionales. Especial referencia a la gestación subrogada”, *Derecho de familia*, núm. 13, 2017, considerando que tales criterios deberán llevar a los encargados del Registro Civil a pronunciarse en sentido favorable a la inscripción del nacimiento de los menores nacidos en el extranjero.

⁴⁶ JUR 2012/168314.

⁴⁷ En California, concretamente, exigiendo la autoridad judicial extranjera borrar del certificado de nacimiento cualquier referencia a la madre gestante e imponiendo que en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a esta y sí al padre o padres intencionales (Fundamento de Derecho quinto). Sobre el particular vid. BAUTISTA, J.: “Maternidad subrogada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815, 2011 (BIB 2011/274).

⁴⁸ Sobre sus consecuencias resulta útil la lectura de VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil Español”, *La Ley*, núm. 8279, de 26 de marzo de 2014 o CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A.L.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 45 y ss.

⁴⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., p. 79.

⁵⁰ DURÁN AYAGO, A.: “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, T. XII, 2012, p. 308.

V. EL INTERÉS DEL MENOR COMO PARÁMETRO DE INTERPRETACIÓN INEXCUSABLE

La interpretación extensiva que ha realizado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se sustenta en la existencia en nuestro ordenamiento de un pretendido vacío legal, laguna que se ha integrado recurriendo a la analogía a partir de la consideración de que hay una identidad de razón entre determinadas situaciones e instituciones jurídicas, esto es, la maternidad subrogada y la maternidad, adopción y acogimiento que protege la legislación de Seguridad Social, cual es la tutela del menor, la atención de sus necesidades afectivas y de cuidados y su integración en el núcleo familiar. No obstante, debe tenerse presente también que la consideración primordial del interés del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas y no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.

Cuando únicamente se atendía al hecho biológico del parto era evidente que la finalidad de la prestación por maternidad radicaba prioritariamente en la recuperación física y psíquica de la madre en el puerperio, pero la ampliación a circunstancias en las que no ha existido alumbramiento propiamente dicho, permite apreciar cómo el centro de gravedad se desplaza desde la tutela de la gestante hacia la atención del hijo. Ello sin olvidar cómo incide en esta misma idea la posibilidad de ceder parte del disfrute de la prestación por maternidad al otro progenitor (hasta diez semanas). En definitiva, en la evolución jurídica de la maternidad, la protección de la salud de la madre, que se limita a los supuestos de parto, ha pasado a un segundo plano, siendo el cuidado del hijo la principal hipótesis garantizada.

La ausencia de equiparación entre la gestación subrogada y los supuestos que dan lugar al percibo de la prestación por maternidad situaría a los menores en una posición que se puede calificar de imposible, pues la madre biológica ha rechazado voluntariamente llevar a cabo cualquier tipo de atención del menor y el sujeto o sujetos que la han asumido, también voluntariamente, no pueden ejercerla en plenitud porque carecerían de los derechos sociales necesarios para ello⁵¹, debiendo afrontar los gastos para que terceras personas asuman estas labores durante el desarrollo de su actividad profesional o bien cesar, temporal o definitivamente, en esta última⁵².

Por tanto, la necesidad de la situación de hecho generada por una maternidad intencional es idéntica a los casos contemplados en la legislación de la Seguridad Social, aun cuando la filiación tenga su origen en un acto ilícito según la normativa civil interna, máxime cuando por oficio de 11 de julio de 2014, la Dirección General de Registros y del Notariado mantiene la vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución donde al menos uno de los progenitores sea español, a través de la cual se otorga validez y eficacia plena, siempre y cuando cumplan unas determinadas cautelas que garantizan que el consentimiento de la madre biológica se ha prestado de forma consciente y libre, a las inscripciones registrales llevadas a cabo en países que permiten el registro originario como progenitores de personas que acudieron a la contratación de una madre de alquiler, por lo que aunque esta práctica en España es ilegal, lo cierto es que al sistema prestacional le llega como hecho

⁵¹ De ahí que la doctrina haya alertado sobre la necesidad de que se hagan efectivos en estos casos los derechos laborales de los progenitores, formulados tanto en el TRLET como en el TRLGSS, si no se quiere que los menores queden desprotegidos. TREJO CHACÓN, M.F.: “Prestación de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución. STSJ Las Palmas de Gran Canaria de 27 de marzo de 2015 (AS 2015, 1993)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016, pp. 328-329; CARDONA RUBERT, B.: “Discriminación por fecundación ‘in vitro’. La nueva frontera al derecho de la trabajadora a ser madre. Comentario a la STS 286/2017, de 4 de abril”, *Revista de Derecho social*, núm. 79, 2017, pp. 185 y ss.; BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación ‘in vitro’ y la gestación subrogada”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018, pp. 167 y ss.; GARCÍA SAN JOSÉ, D.: “Epigenética y gestación por sustitución: más razones a favor de una regulación internacional para un negocio global”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XVII, 2017 o JORQUERA JORQUERA, C.: “Gestación subrogada”, *Diario La Ley*, núm. 9164, 2018.

⁵² CERVILLA GARZÓN, M.J.: “El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 188, 2016 (BIB 2016/3183).

indubitado la filiación de los menores⁵³. A juicio de la citada Dirección General, el interés superior del menor exige que su estado civil quede acreditado con independencia de la valoración que merezca la actuación de los padres por recurrir a la gestación por sustitución en un país extranjero que lo permite.

Teniendo en cuenta que lo que prohíbe la Ley 14/2006 es prestar consentimiento en España para la formalización de un contrato de gestación por sustitución, pero no el acceso al Registro civil español de la filiación resultante de tal contrato (que es una consecuencia última y periférica del mismo); y teniendo en cuenta además que privar de la filiación a los menores implicaría una vulneración del interés de los mismos, en la medida en que les dejaría desprotegidos jurídicamente y supondría un atentado a su derecho a una identidad única, proclamada por los textos internacionales, la consecuencia inevitable es que el argumento de la protección del interés superior del menor debe servir de fundamento al acceso a las prestaciones cuestionadas por parte de los progenitores intencionales, pues resulta indudable que las prestaciones de maternidad tienden a proteger no sólo un estado de necesidad por exceso de gastos o ausencia de ingresos, sino también y sobre todo al propio recién nacido.

De hecho, la ampliación de la prestación a maternidades en las que no ha existido alumbramiento propiamente dicho de la madre que va a disfrutar de la prestación de maternidad: adopción o acogimiento, permite apreciar cómo el centro de gravedad de la prestación se desplaza desde la protección de la madre hacia la atención del menor.

No cabe duda de que las prestaciones de maternidad conciernen a los menores en la medida en que son instrumentos jurídicos destinados a favorecer su atención y tutela, por lo cual es posible deducir del art. 2 de la LO 1/1996, un principio general de protección del menor en todas las instituciones jurídicas, entre ellas lógicamente, las relacionadas con la Seguridad Social. La dificultad en concretar la filiación del menor no debe perjudicarle en otros ámbitos tutelares. O, en otros términos, que no exista una filiación concretada no tiene que ser argumento para negar la concesión de las referidas prestaciones de Seguridad Social.

En fin, si no se reconociera el derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de filiación a través de gestación subrogada por la vía del reconocimiento de documento extranjero se estaría dando pie a importantes supuestos de desprotección del menor y, con ello, mayores atentados contra el orden público que los que con una interpretación estricta se intentarían evitar⁵⁴. Es más, se produciría una discriminación en el trato dispensado a este, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los arts. 14 y 39.2 de la Constitución, al disponer este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación. En el supuesto de maternidad por subrogación se producen también las especiales relaciones entre “la madre y el hijo”, durante el período posterior al nacimiento del menor, que han de ser debidamente tuteladas.

VI. OTROS SUPUESTOS COLATERALES DONDE EL TRIBUNAL SUPREMO HA EFECTUADO UNA INTERPRETACIÓN AMPLIA O EXTENSIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La solución *pro solicitante* adoptada por el Tribunal Supremo para los supuestos de maternidad subrogada ha sido vertida con anterioridad en otros casos en los que igualmente se trata de

⁵³ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011 (BIB 2011/1357); LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria”, *La Ley*, núm. 7777, 2012 o SALAS CARCELLER, A.: “El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2011, p. 3 (soporte informático), quien considera que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

⁵⁴ SELMA PENALVA, A.: “Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada”, cit., p. 303.

compaginar los intereses del menor con los requisitos que exige la Ley para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social ante situaciones atípicas. Sin ánimo exhaustivo, procede mencionar el supuesto de la maternidad biológica más la maternidad adoptiva por el mismo hijo.

El Tribunal Supremo, en el año 2010⁵⁵, concede a la madre adoptante de la hija biológica de su cónyuge mujer, la prestación de maternidad, aunque ya se había disfrutado por completo dicha prestación por la madre biológica, lo cual, introduce un criterio de apoyo muy interesante para sostener eventuales discrepancias discriminatorias por razón de sexo en la apreciación de las diferentes situaciones de hecho⁵⁶. La atención del menor, pudiéndose dedicar tiempo a la persona que se incorpora a la unidad familiar o a la pareja, constituye por ende el objeto último de la protección. Es más, la finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir del momento de su formalización cuando surge la nueva situación del adoptado, procediendo a integrarse en la nueva familia⁵⁷. El Tribunal Supremo entiende que no dificulta la concesión de la prestación “el hecho de que la madre biológica de la adoptante hubiera disfrutado del permiso de maternidad, pues se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente, a saber, el parto (que generó el derecho en la madre biológica) y la adopción como madre de la recurrente que acarreo su derecho a descanso y prestación por maternidad... sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción. En otros términos, si el ordenamiento jurídico concede el lucro de dos prestaciones completas de maternidad por dos títulos jurídicos diferentes (maternidad biológica y ulterior adopción por el otro cónyuge), ¿cuál sería la razón que impide el lucro de una sola prestación de maternidad en supuestos de maternidad subrogada (pues la de paternidad no es de dudosa concesión)? Especialmente si se entiende que estamos en presencia de un supuesto análogo al de la adopción o, al menos, análogo al del acogimiento, en el que existe renuncia de la madre biológica a la filiación, porque así se permite en el ordenamiento jurídico extranjero, y existe un claro estado de necesidad, cual es la necesaria atención del menor⁵⁸.

En los primeros pronunciamientos a propósito de la maternidad subrogada, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo recurre al principio de igualdad para reconocer el derecho de la actora a disfrutar del permiso de maternidad durante un período de dieciséis semanas. A tales efectos recoge la señera doctrina del Tribunal Constitucional en la que se señala que “el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello. Por tanto, como regla general, lo que exige el principio de igualdad es que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por consiguiente, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad desde una óptica constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida⁵⁹. Al reconocer que la maternidad por sustitución es equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas, la denegación de sus efectos cuando responde a la misma causa podría suponer una vulneración del principio de igualdad porque la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio.

⁵⁵ STS, Social, 15 septiembre 2010 (rec. 2289/2009).

⁵⁶ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., p. 87.

⁵⁷ STSJ, Social, Islas Baleares 30 octubre 2006 (rec. 455/2006) y, en términos parecidos, STSJ, Social, País Vasco 27 noviembre 2007 (rec. 1846/2007).

⁵⁸ Revestido de principio jurídico fundamental en la materia. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., p. 96.

⁵⁹ STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273).

En esta misma línea cierto sector doctrinal postula el reconocimiento también de otras prestaciones causadas por la madre comitente a favor del menor, como pudiera ser la pensión de orfandad⁶⁰.

VII. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE MATERNIDAD SUBROGADA Y ADOPCIÓN AL OBJETO DE JUSTIFICAR O NO UN TRATAMIENTO ANÁLOGO

El supuesto de hecho analizado guarda estrecha relación con otro sí expresamente previsto en la legislación española, cual es el disfrute del permiso y correspondiente prestación en supuestos de maternidad por adopción, por lo cual considera el Tribunal Supremo que la aplicación de la analogía se considera la solución más correcta para dar cobertura protectora a la situación, entendiéndose que el sentido protector de la norma o su razón de ser es idéntica al del supuesto de maternidad subrogada.

La reconocida similitud permitiría integrar una laguna legal por la identidad de razón que se ofrece desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber sido inscrita en el Registro civil la filiación entre el menor y quien reclama la prestación⁶¹. En efecto, aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el Registro civil en virtud de una gestación subrogada no está contemplada en el TRLGSS ni, en consecuencia, desarrollada en el RD 295/2009, los supuestos guardan enorme semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro supuesto respecto del nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en la que están inmersos⁶². Es más, como ha reconocido la propia Sala de lo social del Tribunal Supremo, no es posible entender que realmente el legislador no quiera reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es admisible inferir “que se está en presencia de una laguna legal, y la identidad de razón concurre desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por un título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el Registro civil la filiación” entre el menor y quien reclama la prestación⁶³.

En los supuestos de nacimiento del derecho a la prestación de maternidad por adopción o acogimiento estamos en presencia de una mera “relación factual”⁶⁴ entre los padres intencionales y el niño, protocolizada o solemnizada burocráticamente, que es el hecho causante del nacimiento del derecho. Y en nada se diferencia de la situación factual y protocolizada en el país de nacimiento de los niños mediante los trámites administrativos y judiciales correspondientes en los supuestos de gestación por sustitución. Son dos supuestos muy similares si bien en uno de ellos la legislación sí regula la consecuencia y en el otro no. Por ello, una interpretación negadora de la prestación crea una diferencia radical (e inadmisibles) en la solución que se da en el supuesto de maternidad subrogada, que no encuentra justificación ni desde el punto de vista de los sujetos beneficiarios de la prestación, ni desde el punto de vista del bien jurídico protegido⁶⁵.

No obstante, desde la perspectiva contraria a la integración analógica, también sería posible detectar múltiples diferencias entre ambas instituciones. La adopción es un proceso plenamente legal

⁶⁰ ALZAGA RUIZ, I.: “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, p. 32.

⁶¹ STS, Social, Cataluña 9 marzo 2015 (rec. 126/2015).

⁶² STSJ Madrid 8 octubre 2012 (rec. 1875/2012) y STS, Sala Primera, 6 febrero 2014 (rec. 245/2012), comentada por BORRAJO DACRUZ, E.: “Gestación por sustitución y prestación por maternidad”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2013, p. 243 o VARELA AUTRÁN, B.: “La protección de la maternidad no biológica”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2013 (BIB 2013/695).

⁶³ STS, Sala Primera, 6 febrero 2014 (rec. 245/2012).

⁶⁴ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., pp. 84-85.

⁶⁵ En atención al superior interés del menor debe favorecerse una interpretación que permita otorgar la prestación. En tales términos, entre otros, CORDERO GORDILLO, V.: “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución”, *Trabajo y Derecho*, núm. 7-8, 2015 (La Ley 4687/2015).

por el que se atribuye la condición de hijo a aquel que no lo es biológicamente. Su regulación establece una serie de cautelas que tienen como única finalidad colocar en el centro el interés del menor. Con la adopción se pretende encontrar una familia idónea para un menor en situación de desamparo. Por el contrario, la maternidad por subrogación no está legalmente admitida y persigue una finalidad bien distinta. Además, aquí no existe un menor desamparado al que hay que buscar un hogar, sino un negocio jurídico por el cual se acuerda la concepción y gestación de ese menor para dar satisfacción (también legítima) a los deseos de los padres intencionales⁶⁶.

A través de esta política de legalización *de facto* de un negocio jurídicamente nulo se está generando una desigualdad entre los hijos adoptados y los gestados por subrogación, pues los primeros tienen garantizada la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad (arts. 175 y 176 CC y 10 Ley 54/2007), exigiendo el legislador que la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado no sea superior a 45 años y tienen derecho, además, a conocer sus orígenes biológicos (arts. 180.6 CC y 12 Ley 54/2007). Dos derechos que responden a un fundamento clave: poner el interés del menor en el centro del proceso, partiendo de la base de que “no existe un derecho a tener hijos, sino un derecho a tener padres”⁶⁷. Al burlar los trámites de la adopción, ninguno de estos derechos se garantiza a los hijos fruto de un contrato de gestación subrogada. No se garantiza la idoneidad de los comitentes⁶⁸ ni se asegura que los menores puedan conocer sus orígenes biológicos.

En segundo término, también se genera una diferencia de trato entre la madre gestante que entrega el bebé a unos padres intencionales y la madre biológica que ofrece a su hijo en adopción. La primera renuncia a la patria potestad antes de la concepción del niño, sin posibilidad de arrepentimiento posterior. Por el contrario, el asentimiento de la madre biológica a la adopción de su hijo no puede prestarse hasta transcurridas 6 semanas desde el parto (art. 177.2 CC). Ello explica algunas cautelas adoptadas recientemente en la vecina Portugal, donde, con fundamento en el derecho al desarrollo de la personalidad y dignidad humana de la mujer gestante, añadiendo su derecho constitucional a constituir una familia y obviando los derechos genéticos y jurídicos de los beneficiarios, el Tribunal Constitucional portugués ha consagrado la revocabilidad del consentimiento prestado, hasta el momento de entrega del nacido. Como ha señalado la doctrina⁶⁹, este criterio coloca encima del convenio de gestación por sustitución una “espada de Damocles” que pocos comitentes estarán dispuestos a soportar.

Y, por último, la regularización *de facto* de la maternidad subrogada está generando una diferencia de trato entre los residentes en España que suscriben el contrato de maternidad subrogada dentro de nuestras fronteras y quienes encargan la gestación a una residente en el extranjero. Lo anterior no hace sino poner de manifiesto que si se pretende otorgar una eficaz cobertura legal al supuesto planteado resulta necesaria una regulación específica adaptada a las peculiaridades de la situación, que evite a los Tribunales acudir a una interpretación analógica.

VIII. NUEVOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL INSS

La apertura del elenco de supuestos protegidos tanto al personal laboral como al estatutario y a los propios trabajadores autónomos ha llevado a la entidad gestora a reconocer la gestación por sustitución como situación protegida a efectos de tales prestaciones de maternidad y paternidad, obligando a dictar los criterios interpretativos pertinentes. En concreto, la Dirección General de

⁶⁶ MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F.: “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, 2014, pp. 289 y ss.

⁶⁷ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit.

⁶⁸ Como pone de relieve la STSJ, Social, País Vasco 13 mayo 2015 (rec. 749/2014), en la que se enjuicia el derecho a disfrutar de la prestación por maternidad por parte de una mujer de 64 años que, a través de la técnica de la gestación subrogada, fue reconocida como madre de dos menores con los que no tenía ninguna vinculación genética, formando una unidad familiar monoparental.

⁶⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I)”, *Diario La Ley*, núm. 9237, 2018.

Ordenación de la Seguridad Social ha evacuado diversos criterios técnicos sobre maternidad subrogada⁷⁰ que parten de la premisa de que las cuestiones de filiación estén correctamente protocolizadas. Inicialmente, negaba la concesión de la prestación por maternidad en estos casos, aunque sí reconocía la de paternidad, si bien desde la aprobación del criterio de 15 de julio de 2010 ya se ha reconocido que pudiera existir “una desprotección del hijo nacido, que únicamente de manera parcial resuelve el reconocimiento del derecho al subsidio de paternidad y el correspondiente permiso”.

Más recientemente, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS (órgano encargado de la tramitación y resolución de consultas, así como de la formulación de criterios interpretativos), acatando la doctrina unificada del Tribunal Supremo, ha dictado nuevos criterios para adaptar la normativa vigente a las particularidades de los hijos nacidos por gestación subrogada⁷¹. Con el fin de que los centros gestores del INSS apliquen de forma uniforme la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se orienta la interpretación de la normativa vigente (arts. 177 y ss. TRLGSS y RD 295/2009) como sigue:

A) Se considera situación protegida por el art. 177 TRLGSS el nacimiento de un hijo por gestación por sustitución en un país extranjero conforme a la legalidad del mismo durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfrute.

B) Dado que carece de sentido atribuir la titularidad del derecho a la madre comitente, ya que no concurre en este caso la necesidad de procurar su recuperación física tras el embarazo y el parto, el INSS atribuye la misma al progenitor que haya disfrutado del período de descanso por tal motivo, con independencia de su sexo, no resultando aplicable la opción en favor del otro progenitor prevista en el art. 9 RD 295/2009.

C) Frente a las varias opciones posibles (solicitud de suspensión del contrato para viajar al extranjero y estar presente en el momento del parto; fecha de nacimiento del menor; fecha de constitución de la relación paterno-filial en el país extranjero o fecha de inscripción de dicha filiación en el Registro civil español) el INSS opta por fijar el hecho causante de la prestación en la fecha del nacimiento del hijo⁷². En la medida en que el beneficiario o beneficiaria de la prestación no gesta, no se le permite adelantar el descanso por maternidad al modo en que ocurre en el proceso de adopción, en el cual se permite adelantar el descanso hasta 4 semanas antes de la resolución judicial por la que se constituye el vínculo filial, en aquellos supuestos en que los padres adoptantes tienen que desplazarse al país de origen del adoptado. Queda, por tanto, fuera del ámbito de cobertura, el tiempo que los padres intencionales pasen en el extranjero con carácter previo al parto.

D) En cuanto a los requisitos exigidos, en concreto en cuanto al período de carencia exigido se hace una remisión al art. 178 LGSS, sin que resulten de aplicación las excepciones referidas al inicio del disfrute anterior al parto ni las ligadas a la adopción internacional.

E) En cuanto a la duración del derecho⁷³, este no se verá reducido en caso de fallecimiento del hijo, salvo que los padres comitentes soliciten reincorporarse a su puesto de trabajo. Es más, la

⁷⁰ Un análisis exhaustivo de los mismos en ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., pp. 83 a 85.

⁷¹ En operación jurídica [Consultas 29/2016, de 29 de diciembre y 4/2017, de 20 de febrero -con ampliación de 7 de marzo-] que ha venido a calificarse por la doctrina como de elaboración de un “pseudoreglamento sin ley previa”. MERCADER UGUINA, J.R.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2017, p. 466. Un análisis de los mismos en PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: “Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad. (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016)”, *Aranzadi Digital*, núm. 1, 2017.

⁷² Así lo había considerado la STS 16 noviembre 2016 (rec. 3146/2014) o la STSJ Castilla-La Mancha 27 mayo 2015 (rec. 1465/2014) al señalar como fecha de efectos de la prestación de maternidad la correspondiente al “alumbamiento del hijo”. Otras, por el contrario, remitían los efectos a “la fecha de la solicitud” –STSJ Cataluña 15 septiembre 2015 (rec. 2299/2015)–.

⁷³ En cuanto hace al disfrute acumulado del subsidio de maternidad y paternidad, la STSJ Madrid 23 diciembre 2014 (rec. 497/2014) ha concluido que el disfrute de la prestación por paternidad es incompatible con el íntegro disfrute de la prestación por maternidad, por lo que “aquella debe ser deducida de la que ahora se otorga”.

integridad del período de descanso tiene carácter voluntario, por lo cual se permite la reincorporación al trabajo del progenitor, aunque no hayan transcurrido 6 semanas desde el nacimiento del menor.

F) Por último se distinguen tres situaciones diferentes respecto a la compatibilidad de los subsidios de maternidad y paternidad en los supuestos de gestación por sustitución, en los cuales no es posible detenerse en este momento.

IX. EPÍLOGO. LA URGENCIA DE UNA REFORMA LEGISLATIVA

La Sala Primera del Tribunal Supremo considera que las normas civiles españolas que declaran nulo el contrato de maternidad por subrogación impiden que pueda inscribirse como hijos de quienes han recurrido a esa técnica a los habidos en un tercer Estado, aunque exista resolución judicial (o equivalente) que así lo manifieste; de hecho, la posibilidad de adoptar a los menores o de indagar la paternidad biológica mitigan el eventual desamparo en que puedan encontrarse al impedir su acceso al Registro civil como hijos de los padres subrogados. Pero advierte que si los menores poseen relaciones familiares *de facto* debe partirse de tal dato y permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos, pues en modo alguno está avalando el apartamiento de un menor respecto de quienes en realidad actúan como sus padres.

La actual regulación legal (TRLGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) en materia de Seguridad Social omite la contemplación de estos supuestos, pero no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección del menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral. Por tanto, existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar de los padres intencionales, la doctrina de suplicación y también la unificada consideran que las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas.

Sin embargo, pese a la unificación de la doctrina operada, esta solución no puede considerarse definitiva, siendo necesaria, *de lege ferenda*, una intervención legislativa que clarifique definitivamente esta materia y otorgue la necesaria seguridad jurídica, máxime teniendo en cuenta el distinto tratamiento jurídico que está generando en función de que el contrato se celebre en territorio español o en otros países cuya legislación sí permite la gestación por sustitución. No debe olvidarse, tampoco, que el ordenamiento garantiza la posibilidad de que los padres subrogantes lleguen al mismo resultado por medios legales, sin necesidad de acudir a actuaciones fraudulentas, vía reconocimiento de la filiación paterna y posterior adopción por el otro progenitor.

La insatisfactoria regulación de esta figura en España, que en puridad ni deja a salvo aquellos derechos que teóricamente tratan de protegerse a través de la prohibición de la maternidad subrogada (en esencia la dignidad de las mujeres que se someten a estas prácticas) y que sacrifica, empero, otros bienes jurídicos que también debieran ser atendidos, particularmente los intereses de los menores nacidos por estas técnicas (que pueden verse privados de todos los derechos ligados a la filiación: identidad, derechos hereditarios etc.) aconsejan la necesidad de emprender una reforma “urgente”⁷⁴ sobre esta materia, según algunos de carácter internacional⁷⁵, que sea capaz de conciliar todos los derechos e intereses en conflicto, en esencia, la dignidad de la madre gestante; los intereses de los menores que nacen fruto de estas prácticas y que pueden verse discriminados por razón de su nacimiento; y el deseo de ser padres en relación con los sujetos comitentes.

No hay duda de que estamos ante una cuestión de extraordinaria complejidad, al estar en juego derechos de la personalidad que pivotan alrededor de menores no maduros, y que el debate se

⁷⁴ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, cit., p. 73.

⁷⁵ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D.: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaría*, núm. 2, 2014, p. 65.

encuentra claramente mediatizado por posicionamientos éticos, ideológicos e incluso económicos. Pero lo que está claro es que el panorama actual resulta insostenible en la medida en que, por un lado, el legislador prohíbe y penaliza la maternidad subrogada, deteniendo a quienes en España han acudido a esta vía para ser padres, retirándoles la custodia del menor (operación “*Princesita*”) pero de otro, se legaliza *de facto* la situación de aquellos que, burlando la regulación española, han buscado cobijo en otros países donde la norma les resulta favorable. Por tanto, por parte del Estado urge la adopción de un claro posicionamiento con respecto a la maternidad subrogada, bien manteniendo la actual prohibición (pero llevándola hasta sus últimas consecuencias) bien permitiéndola en determinados supuestos y circunstancias. Y dicha decisión compete en exclusiva al legislador (tras el oportuno debate parlamentario que tenga en cuenta las consideraciones morales y éticas de la hipotética legalización de un “convenio de gestación por encargo”⁷⁶), sin que su voluntad pueda ser soslayada ni por resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni por la doctrina unificada del propio Tribunal Supremo, so pena de poner en cuestión los cimientos del Estado de Derecho⁷⁷.

En definitiva, no constituye este un problema particular o episódico sino que es constante y recurrente, por lo cual la maternidad por subrogación, como fenómeno familiar en expansión, debe ser afrontado por el legislador desde una posición constructiva, basada en la conexión entre gestación intencional y libre desarrollo de la personalidad, reconociendo los mismos derechos de conciliación que para el resto de progenitores con independencia de la vía por la que han conseguido serlo y optando por la aplicación de aquellas previsiones que sean más beneficiosas para el menor, máxime cuando la Conferencia Internacional de la Haya de Derecho Internacional Privado de 10 de marzo de 2012 mantiene una postura favorable al reconocimiento de las resoluciones extranjeras que declaran situaciones de maternidad subrogada por los Estados en los que se pretenda su eficacia aunque la regulación legal no la autorice o, incluso, la prohíba. Con ello se evitaría eludir una prohibición nacional como la actual, que es burlada por quienes tienen recursos económicos para asumir largos desplazamientos y estancias en Estados que permiten este tipo de gestaciones en perjuicio de la libertad de procreación de aquellas personas que ocupan una posición de mayor debilidad pecuniaria⁷⁸.

La intervención del legislador deberá tener en cuenta que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquellos que han acudido a la opción legal de la adopción o acogimiento e interpretar las normas sobre prestaciones de maternidad no solo a la luz de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella (art. 3.1 CC) sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos. En este contexto, y parafraseando la opinión mayoritaria de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el hecho de que una ley civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos, pues carece de sentido admitir la protección cuando nace un hijo fuera del matrimonio o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en supuestos como el presente. En definitiva, la intervención del legislador debe poner fin a las situaciones discriminatorias a las que la aplicación de la doctrina jurisprudencial está dando lugar.

De hecho, la oportunidad o necesidad de revisar de forma significativa la actual regulación prohibitiva puede aconsejar (siguiendo las iniciativas legislativas infructuosas hasta la fecha

⁷⁶ En tales términos VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *La Ley*, núm. 8600, 2015.

⁷⁷ Rotundos en tal sentido ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit. o MERCADER UGUINA, J.R.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, cit., p. 466.

⁷⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., p. 204.

presentadas por diversos grupos parlamentarios)⁷⁹ que se regulen inicialmente los casos de gestación por sustitución sin ánimo de lucro y en supuestos de infertilidad, pues el principal argumento para rechazar estas prácticas es incuestionable y reside en la vulneración que pueden suponer para la dignidad de la mujer, permitiendo la mercantilización de su cuerpo y de la función reproductiva, sobre todo teniendo en cuenta la especial incidencia que este tipo de prácticas puede tener en las mujeres más vulnerables de los países en desarrollo⁸⁰.

Sin duda, la legalización de la maternidad subrogada otorgaría una mayor seguridad jurídica⁸¹ tanto para los menores nacidos a través de la gestación por sustitución (en tanto podría asegurarse tanto la idoneidad de los padres comitentes como el derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos) como para las mujeres subrogantes, garantizando que su consentimiento (probablemente revocable dentro de ciertos plazos) sea prestado libremente y evitando situaciones de posible explotación.

En tal sentido podrían arbitrarse medidas tales como la obligada intervención de autoridad judicial (o administrativa) a la hora de formalizar esta suerte de pactos (de forma análoga a lo que sucede con la adopción o el acogimiento); el carácter gratuito del contrato (dejando a salvo los gastos médicos o laborales que pueda reportar el proceso de gestación), sin olvidar las medidas cautelares tendentes a evitar la desprotección o abandono del menor en supuestos de rupturas de parejas, fallecimiento o arrepentimiento respecto al compromiso adquirido⁸², etc.

⁷⁹ Grupo Parlamentario UPyD, Grupo Parlamentario Ciudadanos o, incluso, durante la tramitación del Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil se ha plantado, sin éxito, la posible modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en relación al tratamiento registral de la filiación originada en un país extranjero, en los supuestos de gestación subrogada.

⁸⁰ Argumento utilizado por el Parlamento Europeo (Resolución de 17 de diciembre de 2015 sobre los Derechos del hombre y la democracia sobre las políticas de la UE en esta materia) para hacer un llamamiento a los países en que estos negocios están permitidos a fin de que procedan a su abolición. En términos similares, el Comité de Bioética de España en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 16 de mayo de 2017, propone promover su prohibición a nivel internacional.

⁸¹ ALZAGA RUIZ, I.: “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”, cit., p. 34.

⁸² SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, cit., p. 102.

CAPÍTULO III. LA ATENCIÓN A LAS EMBARAZADAS, NASCITURUS E HIJOS LACTANTES (RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL)

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

I. UNA APROXIMACIÓN INDICIARIA. UNA REALIDAD EN CRECIMIENTO: LA PERENNE PRIMACÍA DEL FACTOR RECUPERADOR FRENTE AL PREVENTIVO

Los artículos 186 y 187 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, regulan el “Riesgo durante el embarazo”, mientras que los artículos 188 y 189 de este cuerpo legal disciplinan el “Riesgo durante la lactancia natural”, contándose con un desarrollo reglamentario relevante (aprobado mediante Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural). Además, son imprescindibles numerosas concordancias con previsiones de la legislación laboral¹, así como tomar en cuenta los criterios de nuestros Tribunales para obtener una visión cerrada de estas figuras.

La notabilidad que estas instituciones han ido adquiriendo a lo largo de los años se observa tras una aproximación a los datos estadísticos ofrecidos en la página Web del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social². Con una lectura detallada y no siempre fácil de estos (los datos desagregados según el número de procesos en vigor al final del período considerado quizá no sea la mejor de entre las fórmulas posibles para conseguir una fotografía de conjunto que permita la obtención de conclusiones certeras) se observa que en el intervalo 2008-2018 se ha producido un incremento constante de las prestaciones reconocidas por estas circunstancias, con alguna matización que a continuación se hará.

Así, para con un simple golpe de vista tomar conocimiento de esta circunstancia se presentan someramente algunos datos³.

En primer lugar, y en cuanto a la prestación de riesgo durante el embarazo en estos once últimos años, puede destacarse que se ha producido un aumento que casi ha duplicado (alcanzando más del 85 %) el número de procesos respecto de los trabajadores por cuenta ajena y casi quintuplicado la cifra de los procesos propios de los trabajadores autónomos.

¹ Una relación detallada de estos, BENAVENTE TORRES, M.ª I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, pág. 15.

² Cfr. el siguiente enlace: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/index.htm, donde se pueden localizar datos referidos a ambas prestaciones.

³ Recuérdese que se presenta el número de procesos en vigor al final del período considerado, siendo este el mes de diciembre en todos los años, excepto en el ejercicio 2018 que se toma como referencia el mes de mayo.

II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Cta. Ajena	11.846	14.017	16.321	16.458	16.430	17.155	18.642	19.767	19.765	19.834	21.939
Cta. Propia	332	471	650	728	780	902	1.136	1.384	1.332	1.437	1.614

La consolidación de esta figura protectora es evidente tal y como se constata con estos números. No obstante, es importante reseñar que si bien la cuantía de los reconocimientos es siempre creciente, mostrando una tendencia continuista al alza, en sentido contrario camina la duración media de los procesos en este período, pasando de los 120,37 días de media del año 2008 a 91,59 días de media para el año 2018 con relación a los trabajadores por cuenta ajena; y de 98,44 a 71,11, respectivamente, en cuanto a los trabajadores por cuenta propia⁴.

Con relación, en segundo lugar, a la prestación por riesgo durante la lactancia natural y para igual espacio temporal, los datos son los siguientes:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Cta. Ajena	499	521	492	470	405	413	350	379	405	387	390
Cta. propia	16	11	24	25	22	20	30	21	30	35	42

Y la situación difiere en algunos extremos. Se muestra una tendencia contraria entre los colectivos de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia. Así, mientras que para los primeros la cifra ha sufrido una disminución global próxima al 27 %, siendo incluso cercana al 40 % en el intervalo de estos años⁵; respecto a los trabajadores por cuenta propia se consolida con una subida superior al 50 % (aun cuando la tendencia a lo largo de los años ha sido de fluctuaciones constantes con una horquilla significativa ante los procesos existentes), si bien la cifra es marcadamente escasa. Y, en todo caso, ha tenido lugar un incremento del número de días de media que ha durado el reconocimiento de la prestación, yendo desde los 132,26 y 116,89 a los 142,29 y 139,47 para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, respectivamente desde los años 2008 a 2018.

Las lecturas que pueden extraerse de estos datos son variadas. De un lado, que el sistema de protección social ha ampliado de manera conveniente su ámbito objetivo dando cobertura ante situaciones merecedoras de la misma; y de otro, que se sigue produciendo una notable carencia en materia preventiva.

Como ha venido siendo tradicional, el modelo reparador o de protección ha primado sobre el de la prevención. Quizá una excelente labor en el segundo evitara o redujera de manera considerable las cifras de prestaciones reconocidas.

Pues bien, de estas realidades, de su relevancia, de su configuración jurídica, de sus interconexiones con otras ramas del ordenamiento y sus implicaciones prácticas se da cuenta seguidamente.

El objetivo que se persigue con esta presentación es volver al estudio de ambas instituciones cuando están a punto de cumplirse dos décadas de la creación de la primera y cuando recientemente se ha cumplido la primera década para la segunda.

El transcurso de los años, el asentamiento de sus figuras, su proyección futura incierta si decadente o al alza (respecto a beneficiarios y en los plazos de duración), las transformaciones de las realidades sociales y los cambios de los modelos de familia, acentuados de manera vertiginosa en los últimos años, incitan a retomar esta materia reinterpretando sus perfiles.

Un buen ejemplo de esta necesaria actualización de la materia es cómo se ha evolucionado en la clasificación de los riesgos que pueden afectar ante la situación de embarazo o lactancia. Recuérdese que en una primera fase o etapa inicial se catalogaban estos en riesgos en físicos, biológicos, químicos, ambientales o por procedimientos industriales⁶.

⁴ Quizá el avance en materia preventiva actúe como acicate en la minoración de la duración de los procesos.

⁵ Entre las causas podría pensarse en el aumento del desempleo y el menor número de personas trabajadoras, la crisis económica y sus efectos en la mentalidad del trabajador ante el ejercicio de derechos que pudieran repercutir en su salida del mercado laboral.

⁶ Cfr. Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora

Sin embargo, cuestiones significativamente vivas como la afectación de los riesgos psicosociales en el ámbito laboral también han acabado teniendo reflejo por su incidencia durante el embarazo o la lactancia natural (convenientemente fundamentados por una parte clínica), uniéndose a este listado originario⁷. Existen, por tanto, otros factores sobre los que también se entiende oportuno realizar aproximaciones ya que su incidencia en el feto, en el *nasciturus* o en el lactante son claras⁸.

II. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras (LCVFL) creó una nueva situación de necesidad protegida por nuestro sistema de Seguridad Social: la de “*riesgo durante el embarazo*”, contemplada actualmente en el Capítulo VIII del Título II de la Ley General de la Seguridad Social, integrado por tan sólo dos artículos (186 y 187, desarrollados por el Capítulo IV del Real Decreto 295/2009, de 6 de octubre).

1. IDEA INTRODUCTORIA

Estamos considerando aquí el período de suspensión del contrato de trabajo, y consiguiente abono de subsidio económico, debido a una situación de incompatibilidad entre la gestación y el trabajo en condiciones de riesgo específico⁹, siempre que las condiciones de desempeño de dicho puesto o el traslado a otro exento de riesgo no sea técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados (artículo 31.1 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)¹⁰. Cuando estas circunstancias afectasen a una funcionaria integrada en el Régimen General e

embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo) Bruselas, 05.10.2000 COM(2000) 466 final; Vv. AA.: *Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y la incapacidad temporal durante el embarazo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, págs. 35 y ss., y Anexos VII y VIII del Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

⁷ Vv. AA.: *Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social (INSHT), s.f., págs. 22 y ss., en especial, págs. 98 y ss., donde se señalan aquellos riesgos psicosociales sobre los que existe evidencia científica, o que han sido más estudiados en relación con el embarazo y lactancia: la organización del tiempo de trabajo (incluyendo turnos y nocturnidad, duración de la jornada y pausas) y el estrés.

Sobre el trabajo nocturno, cfr. BENAVENTE TORRES, M.ª I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., págs. 97 y ss.

⁸ Un apunte sobre este particular y su incidencia en la doctrina judicial, cfr. BENAVENTE TORRES, M.ª I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., págs. 87 y ss.

⁹ El hecho de trabajar durante el embarazo no supone la asunción automática de un riesgo para la salud de la madre o del feto, pero sí permite hablar de cierta vulnerabilidad a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo. El objetivo es que la trabajadora embarazada no incremente su riesgo propio común por ocasión o consecuencia de la actividad laboral, donde no se requiere que se actualice un daño efectivo sino basta con que se objetive un riesgo específico para el embarazo, de ahí que no sea invocable un riesgo genérico que puede tener cualquier actividad, incluso la no laboral, para justificar la protección, pero del mismo modo tampoco puede ser rechazable el ámbito prestacional por falta de diagnóstico de patología concreta [STS] Navarra de 18 de octubre de 2012 (AS 2013\28)].

Cfr. BENAVENTE TORRES, M.ª I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., págs. 76 y ss., recogiendo diferentes supuestos calificados como riesgos específicos:

Los que afectan al trabajo de fisioterapeuta a partir de la semana 24 de gestación [STS] Cantabria, núm. 908/2014, de 18 diciembre, rec. 781/2014).

También al de auxiliar de ayuda domiciliaria, por manejo de pesos, y con indiferencia de cuál sea la semana de gestación [STS] Galicia, núm. 1113/2013, de 22 febrero, rec 4083/2010).

Dependiente autónoma en supermercado de ultramarinos, con manejo de cargas, bipedestación prolongada y ausencia de espacio para el descanso [STS] Asturias, núm. 153/2013, de 25 enero, rec 2831/2012).

Operaria en puesto de montaje de Peugeot, se reconoce a partir de la 26ª semana de gestación [STS] Galicia, núm. 2135/2016, de 13 abril, rec. 2177/2015).

¹⁰ No se considera que haya un riesgo específico [de radiación] en una trabajadora, *técnico de radioterapia* cuando la actora portó un dosímetro durante cuatro meses, realizando todas las funciones que se definen como de riesgo, con un resultado de 00 mSv [STS] Galicia 12 febrero 2016 [JUR 2016\59822]); ni a *técnico de radiodiagnóstico*, no expuesta directamente a la radiación directa o a radiación latente [STS] País Vasco 11 marzo 2014 [AS 2014, 1895]); ni en la *conductora de autobús urbano* al menos hasta la trigésimo séptima semana de embarazo conforme a las guías de prevención al uso [STS] País Vasco 30 septiembre 2015 [AS 2015, 23]). Tampoco se aprecian riesgos específicos en la profesión de *viajante de comercio* que conduce un vehículo ordinario en sus desplazamientos [STS] País Vasco 8 abril 2014 [JUR 2014\185573]); o en la de (...)

incluida en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, se considera situación protegida, a efectos de esta prestación, el permiso por riesgo durante el embarazo (artículo 31.1 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo). La exigencia de que el riesgo tenga su causa en la prestación de servicios se mantiene en los mismos términos para las trabajadoras por cuenta propia (artículo 40.1 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)¹¹.

Si la “acción protectora del sistema de Seguridad Social” abarca la dispensación de prestaciones económicas en la situación de riesgo durante el embarazo [artículo 42.1.c) Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre], es indiscutible que el legislador considera que estamos ante una de las “situaciones de necesidad” (artículo 41 CE) mercedoras de protección. El examen de sus perfiles se presenta muy sencillo en el plano conceptual: la protección de Seguridad Social (en forma de subsidio económico) surge cuando el contrato de trabajo se suspende a causa del riesgo durante el embarazo. Si se quiere, hay dos realidades protegidas: 1ª) el embarazo de la mujer trabajadora y 2ª) la ausencia de rentas que su inactividad laboral provoca; pero tampoco es descabellado identificarla unitariamente: ausencia de rentas provocada a consecuencia de la inactividad derivada del riesgo que para el embarazo ocasionaría el normal cumplimiento del deber de trabajar.

2. SITUACIÓN PROTEGIDA

De manera innecesaria, el artículo 186 LGSS opta por delinear de forma compleja la situación protegida, al no conformarse con mencionar la fase suspensiva del contrato de trabajo como desencadenante de la protección e incluir también sus fuentes normativas y una síntesis de su contenido. En cualquier caso, no obstante el reseñado carácter perifrástico del precepto (hubiera bastado con disponer que “es situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo debido a riesgo durante el embarazo”), es claro que desea configurar la suspensión contractual por existencia de riesgo durante el embarazo como el presupuesto necesario para que se proceda al reconocimiento de esta prestación.

Al delimitar la situación protegida, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, realiza una remisión perfecta al bloque laboral, pues considera situación protegida “el período de suspensión del contrato” por la causa de referencia. De este modo, a la hora de precisar cuándo surge la situación de riesgo durante el embarazo, el artículo 186 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, remite al artículo 26.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPR). Esta técnica normativa conduce, de hecho, a que la norma de Seguridad Social incorpore tácitamente la regulación sobre suspensión del contrato de trabajo contenida en la LPR y en el Estatuto de los Trabajadores (ET), resultando ininteligible sin ella.

Se trata de saber qué sucede cuando una trabajadora queda encinta y la actividad laboral se considera contraindicada para su estado biológico, sin que en la empresa sea posible destinarla a un

ATS DUE (SSTS) Andalucía, Málaga, 4 julio 2013 [JUR 2013\304707] y Murcia 26 noviembre 2012 [JUR 2012\406970]); o en la de *educadora*, no sometida a turnos de trabajo, no acreditando la necesidad de cargar pesos como consecuencia del porteo de niños, agresiones o esfuerzos excesivos (STS) País Vasco, 19 marzo 2014 [JUR 2014\137641]); o de *educadora de un pido de acogida de menores* toda vez que no resulta acreditado el riesgo específico por embarazo invocado por la trabajadora, esto es, el riesgo derivado de las agresiones personales pues lo cierto es que la exposición a dicho riesgo no es actual ni diferente del que tienen otras trabajadoras en su situación (STS) Navarra 18 octubre 2013 [AS 2013\28]); o *auxiliar higienista dental* (STS) País Vasco 18 septiembre 2013 [JUR 2013\126390]).

¹¹ Se ha reconocido la prestación a trabajadora autónoma dedicada a la actividad de un teatro de guiñol para niños, por concurrir situación objetiva de riesgo e inexistencia de puesto de trabajo alternativo, dada su profesión, ya que las tareas que realiza le obligan a levantar pesos, realizar esfuerzos físicos, y realizar grandes desplazamientos en coche por Galicia y fuera de Galicia (el 75 % de sus actuaciones son fuera de esta Comunidad Autónoma) (STS) Galicia 26 abril 2012 [AS 2012\1725]). En el mismo sentido, se acepta el derecho a la prestación en el caso de vendedora que debe manipular cargas (TS) Asturias 25 enero 2013 [JUR 2013\57275]), o en el caso de fisioterapeuta, actividad para cuyo desempeño utiliza elementos que implican exposición a ondas cortas, microondas y magnéticas, no constando que disponga de personal a su servicio (STS) Castilla-La Mancha 8 octubre 2012 [JUR 2012\363618]). Cfr. en este sentido, RÍOS MESTRE, J. M.ª: “Prestación por riesgo durante el embarazo”, *MEySS*, núm. 134 (2018), págs. 110-111.

puesto adecuado¹². Siguiendo el lógico orden de la propia construcción legal, ante una mujer embarazada que simultáneamente presta actividad laboral hay que comenzar adoptando medidas de evaluación, adaptación de sus condiciones o cambio de destino para pasar¹³, solo subsidiariamente, en último término a la suspensión contractual¹⁴.

Conforme a lo anterior, no se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado (artículo 31.2 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo). Es muy conveniente recordar que la contingencia de riesgo durante el embarazo solo surge como final de una serie de procesos y valoraciones individualizadas acerca de las condiciones de trabajo materiales y del estado físico de la mujer embarazada; no se trata de determinar la imposibilidad material en orden a llevar a cabo la prestación de servicios (como en cualquier incapacidad), sino la inconveniencia de hacerlo. Para determinar que así sucede, por lo tanto, hay que tomar en consideración factores atinentes a la organización productiva de la empresa, elementos subjetivos de la trabajadora y conocimientos médicos.

3. DELIMITACIÓN

Puesto que actualmente existen tres supuestos de suspensión del contrato de trabajo con derecho a prestación económica de la Seguridad Social que vienen relacionados directa o indirectamente con el embarazo de la mujer trabajadora, aunque encuentran su fundamento en causas diferentes, conviene dejar bien claras sus diferencias a fin de identificar más adecuadamente el que nos interesa.

- A) Incapacidad temporal por contingencia común.- Por un lado, hay que referirse a la suspensión del contrato de trabajo debida a alteraciones en la salud de la trabajadora embarazada, motivadas o no por el hecho del embarazo, que no tienen su origen en las condiciones laborales o en el tipo de trabajo, supuesto que encaja perfectamente dentro de los perfiles de la contingencia de incapacidad temporal por contingencias comunes¹⁵. Probablemente, hay que subsumir en este supuesto los descansos prescritos por el facultativo en los períodos previos al parto y los casos en que se considere inconveniente la prestación del trabajo para la embarazada pero preexista una causa de incapacidad temporal (STS) Navarra 27 marzo 2002 [AS 2002\884])¹⁶.

Asimismo, aunque se trate de situaciones producidas una vez finalizado el embarazo, cabe hacer mención, a efectos de incluirlas en este apartado, de aquellas enfermedades o alteraciones temporales de la salud de la mujer trabajadora causadas por el parto o la lactancia, que también vienen a ser constitutivas de incapacidad temporal al concurrir en ellas los rasgos definitorios y caracterizadores

¹² Es imprescindible que resulte imposible la recolocación de la trabajadora en la propia empresa; si no se acredita la inexistencia de puesto compatible con el estado de gestación hay que denegar la prestación (TSJ Asturias 18 enero 2013 [JUR 2013\57448]). Así ha de actuarse aunque la trabajadora desempeñe una actividad conraindicada con el embarazo, como puede ser la de monitora deportiva (TSJ Galicia 6 marzo 2012 [JUR 2012\110220]).

¹³ Sobre el escaso recurso a estas opciones previas, cfr. BENAVENTE TORRES, M.^a I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., págs. 113 y ss.

¹⁴ El reconocimiento de la prestación se condiciona al resultado de la evaluación de los riesgos del puesto de trabajo para el estado biológico específico de la trabajadora embarazada, siendo de aplicación la doctrina judicial de la subsidiariedad que mantiene esta prestación respecto de las medidas anteriores o como última *ratio legis* (STS) Navarra 18 octubre 2012 [AS 2013\28]).

¹⁵ Hay que diferenciar las situaciones protegidas por esta prestación de los “embarazos de riesgo laboral”, en los que el trabajo desempeñado no es el causante del riesgo, sino su propia patología y que queda amparada con la prestación de IT: “Pues bien, la situación generada de riesgo de aborto por su previo embarazo gemelar, era constitutiva por sí misma de incompatibilidad con su trabajo. De tal manera, que su pase a la situación de IT se habría producido siempre, y fueran cual fueran sus circunstancias laborales. Es decir, en este caso daría lo mismo que trabajara de auxiliar administrativa que de limpiadora, ya que lo sustancial era la susodicha amenaza (STS) País Vasco 28 mayo 2013 [JUR 2013\260189]).

¹⁶ Cfr. RÍOS MESTRE, J. M.^a: “Prestación por riesgo durante el embarazo”, cit., págs. 112 a 115.

de la mencionada contingencia, a saber: incapacidad sobrevenida para el trabajo, necesidad de asistencia sanitaria y duración previsiblemente temporal¹⁷.

En suma, la protección frente a riesgos o patologías que no tengan su origen en las condiciones de trabajo o en el tipo de trabajo cae dentro de la IT derivada de contingencias comunes. Como se observa, en todos estos casos, a diferencia de lo que sucede en el riesgo durante el embarazo, la causa de la inactividad (y de la protección) se halla exclusivamente en el estado psicobiológico de la trabajadora, incapacitada para el trabajo¹⁸.

Respecto de la eventual superposición de prestaciones, es claro que ha de descartarse, pues la IT persigue facilitar una renta económica durante un período de tiempo en el que debido a una alteración de la salud del trabajador no puede desarrollar la prestación de trabajo¹⁹.

- B) Suspensión del contrato por maternidad.- Por lo pronto, la suspensión de actividad por *maternidad* y consiguiente entrada en juego del subsidio económico no solo puede afectar a la madre trabajadora, sino también al padre, en las condiciones señaladas por el artículo 48.5 ET y preceptos concordantes. Diferencia también notable encontramos al examinar la relevancia que posea la propia voluntad de la trabajadora, pues en buena medida (salvo las seis semanas posteriores al alumbramiento), la protección por maternidad resulta aplicable por libre elección de la trabajadora.

En la maternidad donde no existe incompatibilidad personal de seguir trabajando como en la IT, el origen de la contingencia es el fomento de la cercanía y los cuidados de la madre a su hijo recién nacido, así como la recuperación de esta del esfuerzo del parto. Desde luego, la suspensión debida a riesgo durante el embarazo no puede comportar una minoración del período de baja por maternidad.

- C) Riesgo durante el embarazo.- Surge cuando la suspensión del contrato o de la actividad obedezca a la existencia de riesgos directamente derivados de las condiciones de trabajo, o del trabajo considerado en sí mismo. La existencia de riesgo específico es, pues, condición ineludible, ya que un riesgo genérico no derivado directamente del desempeño de un determinado puesto de trabajo se protegerá como incapacidad temporal. Ni estamos ante un proceso patológico de la trabajadora (como en IT), ni su derecho es transferible o el desencadenante de la protección puede depender de su voluntad (como en maternidad), ni el empresario asumirá los primeros días de pago o la gestión de la contingencia (como en la IT).

Aquí la necesidad de protección no surge porque exista un daño para la salud, sino precisamente para evitarlo, pues lo que se protege es el riesgo y no otra cosa.

4. REQUISITOS DEL HECHO CAUSANTE

Existiendo una trabajadora comprendida en el ámbito de aplicación de la contingencia y acaeciendo la situación de riesgo descrita, el derecho a percibir el subsidio surge cuando se cumplen

¹⁷ Cfr. BENAVENTE TORRES, M.^a I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., pág. 50.

¹⁸ No puede confundirse la causa de esta prestación con la de una IT; aquí la situación tutelada es la de que exista un riesgo, no una patología ya diagnosticada [sts] de Navarra, de 30 de abril de 2002 (AS 2002\1616)].

¹⁹ Si la trabajadora está en incapacidad temporal por cualquier patología, mientras no recupere su capacidad para trabajar tampoco puede pensarse en suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo; pero nada impide que, cesada tal causa, siguiera suspendido por concurrencia de la nueva causa, pasando entonces la demandante a percibir la prestación examinada (STS] Asturias 25 de mayo de 2007 [AS 2007\2477]). Si tras una inicial desestimación de la suspensión por riesgo durante el embarazo, la trabajadora obtiene la baja por IT derivada de lumbalgia y permanece en dicha situación hasta la víspera del parto, no llega a nacer el supuesto desencadenante de la protección analizada [STS] País Vasco 29 junio 2010 (AS 2010\2872)]. Sin embargo, para STSJ Asturias 8 enero 2010 (AS 2010\1966) la actora presentaba un riesgo durante el embarazo, pues la amenaza de aborto que se le diagnostica resulta incompatible con el trabajo de oficial de peluquería, que precisa de bipedestación durante toda la jornada de trabajo, no existiendo puesto de trabajo alternativo que pueda ocupar la trabajadora. Que la baja se le haya producido por enfermedad común y se encontrase en tal situación cuando solicita la prestación no es argumento suficiente para denegarla.

Cfr. BENAVENTE TORRES, M.^a I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., págs. 138 y ss.

los requisitos de estar afiliada y en alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social en la fecha en que se inicie la suspensión (ese es el sentido que tiene la previsión del artículo 39.5 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, conforme al cual “a la vista de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos exigidos para acceder al subsidio” se dictará resolución “a efectos del reconocimiento del derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo”)²⁰.

Conforme al artículo 187.1 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, “la prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, con las particularidades establecidas en los apartados siguientes”, de manera que las reglas e interpretaciones, jurisprudenciales o administrativas, respecto de la misma son inicialmente válidas para nuestro supuesto. No hay mención directa a los requisitos necesarios de acceso a la prestación sino remisión al régimen de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, lo que hace necesario acudir al artículo 172 del texto legal referenciado, donde se contemplan los requisitos del hecho causante en el caso de IT derivada de accidente o enfermedad profesional²¹.

El citado artículo 172 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, hace una referencia expresa al artículo 165.1 del mismo cuerpo normativo, donde se establece el requisito general, para acceder a las prestaciones, de estar afiliado y en alta o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida. De este modo, se sigue la conclusión de que “serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, siempre que estén afiliadas y en alta en alguno de los regímenes de la seguridad social en la fecha en que se inicie dicha suspensión” (artículo 32 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)²². Además, como consecuencia de su naturaleza profesional, en ausencia de afiliación y/o alta entra en juego el alta presunta o de pleno derecho (“las trabajadoras por cuenta ajena anteriormente relacionadas se considerarán, *de pleno derecho*, en situación de alta [...] aunque su empresa hubiera incumplido sus obligaciones”), y en ningún caso se exige período de carencia (artículo 32.3 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, y 29.2 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero)²³.

También gozan de protección por esta contingencia las trabajadoras autónomas, las socias de cooperativas de trabajo asociado y socias de trabajo de otras cooperativas y las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (DA 1ª Ley 39/1999, de 5 de noviembre)²⁴.

²⁰ Sobre la posibilidad de acceso a la prestación desde situaciones de inactividad, cfr. BENAVENTE TORRES, M.ª I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., págs. 137 y ss.

²¹ Sobre el cambio de naturaleza jurídica de esta prestación, cfr. RÍOS MESTRE, J. M.ª: “Prestación por riesgo durante el embarazo”, cit., pág. 108.

²² En los mismos términos, serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras integradas en el Sistema Especial de la Seguridad Social de los Empleados de hogar, que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo.

Cfr. sobre este particular, BENAVENTE TORRES, M.ª I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., págs. 30 a 32.

²³ Las trabajadoras a tiempo parcial podrán acceder a la prestación por riesgo durante el embarazo (artículo 32.2 RD 295/2009), con las particularidades establecidas en el artículo 34.4 RD 295/2009 en cuanto a la base reguladora y el abono de la prestación. La base reguladora diaria del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo. De ser menor la antigüedad de la trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan.

²⁴ Cfr. ampliamente, BENAVENTE TORRES, M.ª I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., págs. 32 a 35.

5. PROTECCIÓN ECONÓMICA: EL SUBSIDIO

Como pórtico al estudio del concreto régimen de protección español, interesa recordar el contenido de la Directiva 92/85/CEE, siempre por referencia a la trabajadora con contrato suspendido por riesgo durante el embarazo. Como regla general, en tal caso, deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo “incluido el mantenimiento de una remuneración y/o beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras” (artículo 11.1). A la hora de cuantificar el importe económico de la prestación opta por enlazar con una magnitud familiar, en cuanto frecuente y bien conocida: lo que se percibe cuando el trabajo resulta imposible como consecuencia de problemas psicofísicos; es decir, el riesgo durante el embarazo no implica la existencia de problema alguno de salud en el trabajador, pero su protección mínima se equipara a la que recibiría si esa fuera la causa de la inactividad laboral. De este modo, la protección económica “se considerará adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales”.

Nuestro ordenamiento canaliza la protección del supuesto a través de una prototípica prestación de Seguridad Social, tendencialmente emparentada con el subsidio que se dispensa en los casos de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales²⁵. Seguidamente, sin abandonar todavía una perspectiva general, interesa caracterizar con más detalle esta opción.

- 1º. Ante la alternativa remuneración-prestación, se ha optado por la concesión de una prestación específica configurando una nueva contingencia, a todos los efectos incorporada en la acción protectora de la Seguridad Social (artículo 42.1.c Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

²⁵ No procede exigir la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo-INSS, en el caso de insolvencia empresarial, al estar calificada la prestación por riesgo en el embarazo como “contingencia de naturaleza profesional” pero no como «accidente de trabajo» [TSJ Islas Baleares de 25 septiembre de 2012 (JUR 2012\367852)]. Cfr. STS 19 mayo 2014 (RJ 2014\3869), en la que se sostiene para argumentar este rechazo lo siguiente:

“2. El mecanismo de responsabilidad subsidiaria que históricamente se atribuía al Fondo de Garantía y en la actualidad está a cargo del INSS, va referido a contingencias profesionales «desivas», mientras que la prestación por riesgo tiene una indudable naturaleza «preventiva», como lo evidencian no sólo su presupuesto -el riesgo-, sino que tenga origen en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (RCL 1995, 3053).

3. Esa diferente cualidad y origen justifica que desde esa LPRL pasase primeramente a ser causa de mera suspensión del contrato de trabajo con asimilación a las contingencias comunes y que sólo años después se llegue a afirmar que la «prestación correspondiente... tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales», con todas las consecuencias que ello supone en orden al régimen jurídico del subsidio [los ya referidos de alta de pleno derecho, inexistencia de periodo carencial, importe del 100 por 100 de la BR y responsabilidad automática de la aseguradora].

4.- Aunque la redacción indicada pudiera inducir a error, lo cierto es que la cualidad «profesional» no se predica de la «contingencia» [riesgo durante el embarazo], sino tan sólo de la «prestación» [el subsidio], por lo que nos parece evidente que la decisión legislativa obedeció en exclusiva al deseo de proteger más adecuadamente a la trabajadora y no a rectificar una naturaleza -la de la contingencia- que inicialmente se hubiese calificado de forma incorrecta.

5.- En todo caso es evidente que el texto no explicita una voluntad parlamentaria destinada a alterar el régimen jurídico de las Mutuas aseguradoras en orden a la insolvencia empresarial y a incluirlo en las previsiones del art. 94 LASS/1966, que - como se ha dicho- se limita a IT, IP y Muerte.

6.- En este mismo orden de cosas no solamente no existe disposición -legal o reglamentaria alguna- que atribuya la responsabilidad subsidiaria al INSS, sino que hay un dato del que indirectamente inferir que tal posibilidad ha de excluirse, cual es que las sucesivas disposiciones legales que desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, en el extremo referido a «las aportaciones de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social para el sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social ...» [entre otras cosas, para atender esa necesidad de responsabilidad última de garantía], no han sufrido modificación alguna -siempre el 16,00 por 100- desde fecha anterior al cambio de tratamiento jurídico del subsidio por «riesgo de embarazo» en 2009 y hasta el presente año [así, los arts. 25 de la Órdenes TIN/41/2009 (RCL 2009, 155 y 273), de 20/Enero; TIN/25/2010, de 12/Enero; TIN/41/2011, de 18/Enero (RCL 2011, 92); ESS/184/2012, de 2/Febrero; ESS/56/2013, de 28/Enero; y ESS/106/2014, de 31/Enero (RCL 2014, 160 y 232)]. Y no parece lógico entender que el incremento de la responsabilidad de garantía por una nueva prestación [riesgo durante el embarazo] no fuese acompañado del correlativo aumento de la aportación financiadora por parte de las Mutuas”.

En igual sentido, cfr. STS 10 diciembre 2014 (RJ 2014\6875).

- 2º. La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100 por cien de la base reguladora correspondiente (la de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales).
- 3º. La prestación nace en la fecha de la suspensión del contrato y finaliza el día anterior a aquel en que se inicie el período de descanso por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto de trabajo anterior o a uno compatible con su estado.

El apartado 1 del artículo 187 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, realiza una remisión general respecto del régimen aplicable a la prestación (“*en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales*”) y advierte que solo ha de matizarse “*con las particularidades establecidas*” acto seguido. Sin embargo, lo cierto es que “*en los apartados siguientes*” aparecen previsiones (gestión, base reguladora, naturaleza jurídica) que bien pudieran haberse omitido pues no vienen sino a explicitar el resultado de la referida remisión.

6. DURACIÓN DEL SUBSIDIO

Conforme a lo dispuesto por el artículo 187.2 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, el derecho a la prestación nace el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, a semejanza de lo que sucede en la maternidad y en la incapacidad profesional²⁶. De este modo, el inicio de la situación de riesgo durante el embarazo y el comienzo de la protección (*dies a quo*) son términos coincidentes, sin que exista vacío de protección alguno o período de espera (cfr. artículo 35.1 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

Lógicamente, el subsidio podrá disfrutarse mientras dure la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora por cuenta ajena; dicho de otro modo, “se abonará durante el período o permiso que sea necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora o del feto” (cfr. artículo 35.2 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)²⁷. Lo anterior comporta que no existe una duración predeterminada y exacta de la prestación, aunque es claro que sí existe un tope máximo: el inicio de la situación de maternidad biológica de la mujer trabajadora; ello, con independencia de que pueda extinguirse antes por alguna de las causas que luego se verá. Asimismo, puede colegirse que la prestación cuenta con una duración máxima inferior a los nueve meses, pues por precoz que sea la detección del embarazo y la apreciación de su riesgo la gestación no suele prolongarse mucho más allá²⁸.

El engarce entre la prestación en estudio y la de maternidad no está predefinido y se sujeta a múltiples variables. El momento en que se pase de una a otra depende de la decisión que adopte la trabajadora sobre el inicio del período de maternidad; como se sabe, una parte puede disfrutarse anticipadamente al parto, siempre que, al menos, seis semanas se reserven para después de aquel. De no haberse optado por el descanso previo, el alumbramiento indicaría el momento de paso de una suspensión a otra y, por lo tanto, de una prestación a otra. Con carácter general, el subsidio finaliza el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado (artículo 35.2 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)²⁹.

²⁶ La prestación de riesgo durante el embarazo debe abonarse desde la fecha de la suspensión del contrato de trabajo y no desde la fecha de su solicitud, «careciendo de trascendencia, a los efectos de la litis, que fuera con posterioridad cuando se acompañara el informe del médico de la Mutua (STSJ Baleares 15 octubre 2003 [JUR 2003, 60914]).

²⁷ Procede el abono de la prestación desde la suspensión del contrato de trabajo; la trabajadora pasará a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, y permanecerá en la misma durante todo el tiempo que subsista el riesgo. Si éste no cesa hasta el momento del parto, hasta esta fecha subsistirá la situación protegida y la correspondiente prestación (STSJ Cataluña 1 junio 2004 [AS 2004\2312]). Si el riesgo no cesa hasta el momento del parto, hasta esta fecha subsistirá la situación protegida y la correspondiente prestación (STSJ Navarra, de 30 de abril de 2002 [AS 2002\1616]).

²⁸ Cfr. RÍOS MESTRE, J. M.³: “Prestación por riesgo durante el embarazo”, cit., págs. 119 a 122.

²⁹ Respecto de las trabajadoras a tiempo parcial, el subsidio se abonará “durante todos los días naturales en que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo” (artículo 35.3 RD 295/2009, de 6 de marzo).

7. EXTINCIÓN DEL SUBSIDIO

La extinción del derecho al subsidio puede obedecer a múltiples causas, así como presentarse con carácter definitivo (no cabe que vuelva a surgir el derecho por el mismo embarazo) o reanudable (se extingue el subsidio presente, pero no se descarta que en el futuro nazca de nuevo el derecho). Se trata de materia especialmente apta para la regulación reglamentaria tanto por esa multiplicidad de hipótesis posibles cuanto por la parquedad del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en este punto, pero la verdad es que el artículo 35.4 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, se ha limitado a poco más que enumerar las causas extintivas, sin clarificar apenas su régimen jurídico.

Desde luego, el derecho a percibir el subsidio finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, según expresa disposición legal (arts. 187.2 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y 35.4.a Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo). El término final no se identifica con la fecha de alumbramiento, sino con la del comienzo de la prestación de maternidad, lo cual equivale a reconocer su carácter preferente. En el diseño normativo todo hace indicar que las dos prestaciones económicas de referencia, al igual que las situaciones suspensivas que las propician, “están llamadas a sucederse de manera natural”; pero da la impresión de que todavía existe algún desajuste que la norma reglamentaria podía haber despejado, pero sin que así haya sucedido. En cualquier caso, el percibo de la prestación económica por maternidad, cuando anteriormente se ha disfrutado de la correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo, se condiciona a la solicitud *ex novo* de la misma, pues, al tratarse de situaciones y prestaciones autónomas, la efectuada en relación con aquella no tiene efecto alguno respecto de la ahora solicitada.

Hay que atender a la interconexión entre la prestación de riesgo durante el embarazo y la IT. Una vez iniciada la percepción del subsidio por cualquiera de los motivos (IT o riesgo durante el embarazo) se mantiene la situación primeramente reconocida hasta su finalización (artículo 37, apartados 1 y 2, Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo). La extinción del contrato de trabajo durante la situación de riesgo durante el embarazo por alguna de las causas que dé lugar al reconocimiento de la prestación por desempleo contributiva (artículo 267 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), provoca la extinción de la prestación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación (artículo 37.3 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

Extrayendo las consecuencias de lo que disponen las normas laborales, el artículo 187.2 *in fine* Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, establece que la prestación económica finaliza el día de la reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado (artículo 35.4.b Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)³⁰.

El fin del contrato pone término, por definición, a la incompatibilidad entre trabajo y gestación; si el contrato de trabajo se extingue, la situación de riesgo durante el embarazo es de imposible concurrencia, pues al desaparecer el deber de prestar la actividad laboral ya no cabe plantear su eventual perjuicio para el embarazo (cfr. artículo 35.4.c Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)³¹. Por el contrario, cuando se percibe la IT y se extingue el contrato sigue existiendo el objeto de protección, pues la persona continúa sin recuperar la salud y su capacidad para el trabajo,

³⁰ También finaliza, en su caso, por reanudación de la actividad profesional desempeñada por la mujer trabajadora por cuenta propia (artículo 43.3.b RD 295/2009, de 6 de marzo).

³¹ Cfr. STS 10 diciembre 2014 (RJ 2014\6875), en la que consta que la trabajadora solicitó prestación de riesgo durante el embarazo que le fue reconocida, si bien como consecuencia de que por Resolución de la Dirección General de Aviación Civil se revocó la autorización de vuelo de la empresa, se extinguió dicha prestación. “Aunque la actora viera suspendido su contrato de trabajo al no existir en la empresa otro puesto compatible con su estado, y como consecuencia de que la Compañía aérea demandada cesara en sus operaciones de vuelo tanto regular como chárter desde sus bases de Palma de Mallorca y las Islas Canarias, se extinguió la relación laboral entre las partes; lo cierto es que no concurre causa legal alguna acreditada para entender finalizada la prestación por riesgo porque en definitiva persiste la imposibilidad de la trabajadora para incorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (arts. 135.2LGSS y 26.3 LPRL), por lo que la prestación ha de mantenerse en tanto no concorra una causa legal de extinción de la misma”.

resultándole imposible acceder a un nuevo empleo; por eso se mantiene la IT y no se inicia el desempleo hasta que esté en condiciones de trabajar³².

Finaliza asimismo la prestación por causar baja en el régimen especial de la Seguridad Social en el que la trabajadora estuviera incluida en el caso de las trabajadoras por cuenta propia (artículo 43.3.c Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

Lógicamente, el fallecimiento de la beneficiaria constituye una causa de extinción del subsidio, por desaparición de su propia titular (artículo 35.4.e Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, y 43.3.e Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo); del mismo modo, se extingue también la prestación en aquellos casos en los que se produzca la “interrupción del embarazo” (arts. 35.4.d y 43.3.d Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

8. GESTIÓN DEL SUBSIDIO

Parece razonable que el derecho al subsidio pueda ser denegado, anulado o suspendido, al igual que sucede con lo establecido para la IT (artículo 175 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), aunque con las debidas adaptaciones al caso. Desde luego, la actuación fraudulenta para obtener o conservar el subsidio ha de admitirse como causa extintiva (cfr. artículo 36.2.a Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo), con independencia de que sea infrecuente.

También hay que contemplar el supuesto de que la mujer realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, iniciados con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, incompatibles con su estado (cfr. artículo 36.2.b Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo). *A sensu contrario*, el subsidio es compatible con aquellas actividades (pluriempleo o pluriactividad) que ya viniera desempeñando la trabajadora y no impliquen riesgo para el embarazo.

Obsérvese que, a diferencia de lo que ocurre con la IT, en que opera la prohibición absoluta de trabajar sin más, “es decir, sin adicional indagación sobre las eventuales repercusiones de la tarea en el proceso curativo” (RÍOS SALMERÓN), en el riesgo durante el embarazo, el simple trabajo o actividad de la beneficiaria no está prohibida; lo que resulta contrario con el mantenimiento de la situación de riesgo durante el embarazo es la actividad de la trabajadora *incompatible* con su estado de gravidez, lo que concuerda con el ya resaltado dato de que la prestación por riesgo durante el embarazo no supone realmente la incapacidad de la trabajadora para el desarrollo de la prestación de trabajo.

A efectos sistemáticos, conviene recordar que en los artículos 24 a 26 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social hay una tipificación de conductas en que pueden incurrir los trabajadores, beneficiarios y solicitantes de prestaciones; a resultas de ello puede surgir la pérdida temporal o definitiva del subsidio (artículo 47 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto).

La gestión de la prestación corresponde a la entidad gestora o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales³³.

Esto significa, a efectos prácticos, que desde el momento en el que se produzca el riesgo y la necesidad de apartar a la trabajadora de su actividad laboral, el empresario quedará eximido de realizar gestión alguna en relación con aquella (v. gr. no está obligado a anticipar delegadamente la prestación), hasta la reincorporación a su puesto de trabajo.

³² No procede extinguirla por el cese de actividad de la empresa, al no ser una causa legalmente prevista, debiendo la Mutua, con la que la empresa tenía concertada la cobertura de enfermedades profesionales, proceder al abono de la reconocida a trabajadora de “SPANAIR, SA” (SJS núm. 22 Barcelona 5 octubre 2013 [AS 2013\989]).

³³ Cuando el empresario ha incurrido en descubiertos de cotizaciones constantes y permanentes, procede imputarle la responsabilidad en orden al pago, sin perjuicio del anticipo de la prestación por parte de la Entidad Gestora [TSJ Madrid de 21 noviembre de 2013 (JUR 2013\21194)].

9. CUANTÍA DEL SUBSIDIO

Los ingresos dejados de percibir por la mujer trabajadora en situación de riesgo durante el embarazo son compensados económicamente mediante un subsidio, cuya base de cálculo responde a los parámetros examinados (“equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, o, en su caso, equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, cuando el régimen de que se trate no contemple la cobertura de las contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo”, según especifica el artículo 34.1 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo); sobre esa cuantía gira el porcentaje aplicado: el “100 por 100”, según expresa prescripción del artículo 187.3 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (reiterada por el artículo 33 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

Habiendo optado por una prestación de corte contributivo y de contenido análogo al de la IT derivada de contingencias profesionales, es lógico que: 1º) la base reguladora se haga depender de las rentas salariales precedentes; 2º) la forma de calcularla se remita a la del supuesto que actúa como referente; 3º) se omita la evaluación de las eventuales necesidades adicionales que el embarazo comporte; 4º) la financiación no recaiga sobre la empresa sino sobre el Sistema de Seguridad Social.

De este modo, la base reguladora a partir de la cual se calcula la prestación no es otra que la base de cotización (por contingencias profesionales) del mes inmediatamente anterior al del hecho causante [la base mensual, por tanto, no se corresponde con los treinta días naturales inmediatamente precedentes, sino con el mes natural (febrero, junio, etc.) correspondiente]; a su vez, la cuantía de referencia se divide por el número de días correspondientes para hallar la base diaria [en la operación actúa como dividiendo lo cotizado en el mes de calendario de que se trate; si el trabajador cobra por meses, el divisor es 30, si cobra por días, los que tenga el mes en cuestión (28, 29, 30, 31)]. Previsiones reglamentarias y criterios jurisprudenciales consolidados indican cómo ha de procederse al efecto. Como bien explica RÍOS SALMERÓN, en realidad, la regla de la mensualización convive con la de la anualización. Se está al mes último para cualesquiera retribuciones que fueren computables para cotizar, según la contingencia de que se trate (artículo 13.1 Decreto 1646/1972, de 23 de junio). Pero se está al último año cuando en la base de cotización aparecen las “pagas extraordinarias”, conceptos retributivos que tengan una “periodicidad en su devengo superior a la mensual” y aquellos que “no tengan carácter periódico” (artículo 13.4 Decreto 1646/1972, de 23 de junio). Las pagas extraordinarias habituales son objeto de prorrateo y como tal se integran en la base de cotización mensual, cosa que permite comprobar el análisis de un recibo de salarios normalizado. Pudiera ocurrir que la antigüedad del trabajador sea inferior a un mes: sus percepciones, que son la base de cotización, se dividen por los días cubiertos por la relación laboral; solución parecida merece el caso de que, también por razones de corta antigüedad, el mes anterior no se haya trabajado en su totalidad³⁴.

Como es lógico, en los supuestos de pluriempleo hay que tener en cuenta reglas especiales; en el caso de que la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declare en todas las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, salvo supuestos irregulares (si la suma de las bases no respeta el tope máximo o mínimo de cotización mensual, será preciso reajustarlo, toda vez que la base reguladora no puede ser superior a la máxima de su categoría más alta entre los distintos trabajos, ni inferior a la mínima), lo que habrá que hacer es determinar la prestación a partir del importe total de las cotizaciones; por el contrario, si el riesgo solo afecta a alguna de las

³⁴ Para las trabajadoras por cuenta propia la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se emita el certificado por los servicios médicos de la entidad gestora o colaboradora correspondiente, o, en su caso, equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes cuando el régimen de que se trate no contemple la cobertura de las contingencias profesionales y cuando no se hubiese mejorado voluntariamente el ámbito de la acción protectora, incorporando la protección de esta situación o la de las contingencias profesionales (artículo 42 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

actividades la base reguladora se calculará por exclusiva referencia a ellas [artículo 34.2.a) y b) Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo].

En los supuestos en que la trabajadora realice simultáneamente actividades incluidas en varios regímenes del sistema de la Seguridad Social también hay que diferenciar las dos hipótesis posibles: que la situación de riesgo durante el embarazo afecte a todas las actividades desempeñadas (cfr. artículo 48.a Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo) o solo a una o a alguna de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no a todas (cfr. artículo 48.b Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo). La percepción del subsidio será compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que la trabajadora ya viniera desempeñando con anterioridad o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo³⁵.

Son múltiples los problemas prácticos o situaciones peculiares que pueden darse a propósito del cálculo y determinación de la base reguladora; de todos ellos seguramente el más relevante es el relativo a la posibilidad de su modificación por circunstancias posteriores al momento en que se fijó inicialmente. Entre otros, podemos recordar los siguientes criterios: 1º) La base hay que modificarla en función de los incrementos salariales pactados en convenio y que tengan efectos retroactivos. 2º) Igualmente le afectan los incrementos de las bases mínimas de cotización que se produzcan a lo largo de la percepción de la prestación. 3º) La misma solución procede si el cambio afecta a las bases máximas de cotización. 4º) Por descontado, hay que admitir supuestos en los que judicialmente se reconozca una base de cotización superior.

10. TRAMITACIÓN

El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio de riesgo durante el embarazo se inicia a instancia de la trabajadora, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial competente de la correspondiente entidad gestora de la provincia en que aquella tenga su domicilio, o ante la mutua colaboradora que le corresponda y se regula por el artículo 39 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, del siguiente modo:

La trabajadora solicitará al facultativo del Servicio Público de Salud un informe que acredite la situación de embarazo y la fecha probable del parto. Al informe deberá acompañarse certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, así como certificación médica que, previamente, la trabajadora habrá solicitado de la entidad gestora o colaboradora que corresponda sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 Ley 31/1995, de 8 de noviembre (artículo 39.2 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

En el caso que la entidad gestora o colaboradora considere que no se produce la situación de riesgo durante el embarazo denegará la expedición de la mencionada certificación médica³⁶, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación³⁷.

³⁵ El artículo 32.2 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, clarifica el supuesto de trabajadoras contratadas a tiempo parcial: tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, calculándose la prestación con las particularidades establecidas en el artículo 34.4. De acuerdo con el citado precepto, la base reguladora diaria de la prestación “será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre el número de días naturales comprendidos en dicho período”, existiendo previsiones adaptadas para el caso de que la antigüedad de la trabajadora en la empresa sea inferior (conforme al segundo párrafo del citado apartado 4 del artículo 34, de ser menor la antigüedad de la trabajador en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan).

³⁶ Un ejemplo del entorpecimiento que puede llegar a suponer esta labor, cfr. STSJ Extremadura 6 abril 2017 (JUR 2017\118538).

³⁷ Estas certificaciones serán expedidas por la Inspección de Servicios Sanitarios del INGESA u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas que hayan asumido las transferencias en materia sanitaria, en las Direcciones Provinciales del INSS donde no se disponga de Servicios Médicos propios (DA 2ª Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

Una vez certificado el riesgo, si no ha sido posible el cambio de puesto de trabajo, la empresa declarará a la trabajadora afectada en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (artículo 39.3 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

A la solicitud deberán acompañarse preceptivamente ciertos documentos: certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, en aquellos casos en los que no obre en poder de la entidad gestora o colaboradora; declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora o, cuando estos existan, sobre la imposibilidad, técnica u objetiva, de realizar el traslado correspondiente, o que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. De igual modo, se deberá reflejar también la fecha en la que la trabajadora ha suspendido la relación laboral. La declaración irá acompañada de informe sobre estos particulares emitido por el servicio de prevención propio de la empresa, siempre que cuente con la especialidad preventiva de vigilancia de la salud, o por la entidad especializada que desarrolle para la empresa, en base al correspondiente concierto, las funciones de servicio de prevención ajeno³⁸. Asimismo, deberá constar expresamente en la declaración la cotización por realización de horas extraordinarias en el año anterior al inicio de la suspensión laboral.

A la vista de todo ello, una vez comprobados todos los requisitos exigidos para acceder al subsidio, la entidad gestora dictará resolución expresa y la notificará, en el plazo de treinta días.

Cuando se produzcan contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas con la solicitud, o concurren indicios de posible connivencia para obtener la prestación, la Dirección Provincial de la Entidad gestora podrá solicitar informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El informe deberá ser emitido en el plazo de quince días.

III. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

1. IDEA INTRODUCTORIA

La Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, de 22 de marzo (LOI) creó una nueva situación de necesidad protegida por nuestro sistema de Seguridad Social: la de “*riesgo durante la lactancia natural*”, contemplada actualmente en el Capítulo VIII del Título II de la Ley General de la Seguridad Social, integrado por tan solo dos artículos (188 y 189), desarrollados de manera importante por el Capítulo V del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

Téngase presente que la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento previstos para la prestación por riesgo durante el embarazo, debiendo entenderse referida a la distinta naturaleza del riesgo todas las previsiones contenidas en el mismo³⁹.

Asalariadas.- Estamos considerando aquí el período de suspensión del contrato de trabajo [arts. 45.1.d) y 48.5 ET], y consiguiente abono de subsidio económico⁴⁰, debido a una situación de incompatibilidad entre la lactancia natural y el trabajo en condiciones de riesgo específico en los supuestos en que, debiendo la trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su

³⁸ Cuando se trate de personas integradas en el Sistema Especial de la Seguridad Social de los Empleados de hogar, se aportará declaración del responsable del hogar familiar sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora; certificado de empresa en el que conste la cuantía de la base de cotización de la trabajadora por contingencias profesionales, correspondiente al mes anterior al del inicio de la suspensión del contrato de trabajo y, en su caso, las cantidades de percepción no periódica abonadas a la trabajadora durante el año anterior a la fecha de suspensión del contrato.

Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos la certificación comprenderá determinados extremos que detalla el artículo 34.6 del Reglamento.

En los casos de trabajadoras a tiempo parcial, deberá reflejarse la cuantía de la base de cotización correspondiente a los tres meses anteriores a la suspensión del contrato.

³⁹ Así lo dispone el artículo 50.1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

⁴⁰ De manera concordante, los arts. 188 y 189 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, disciplinan la protección de Seguridad Social que viene a sustituir a las rentas salariales que la trabajadora deja de percibir como consecuencia de su suspensión contractual.

situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados (artículo 49.1 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)⁴¹.

Al delimitar la situación protegida el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, realiza una remisión perfecta al bloque laboral, pues considera situación protegida “el período de suspensión del contrato” por la causa de referencia. De este modo, a la hora de precisar cuándo surge la situación de riesgo durante la lactancia, el artículo 188 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, remite al artículo 26.4 Ley 31/1995, de 8 de noviembre. Esta técnica normativa conduce, de hecho, a que la norma de Seguridad Social incorpore tácitamente la regulación sobre suspensión del contrato de trabajo contenida en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre y en el Estatuto de los Trabajadores (ET), resultando ininteligible sin ella.

Siguiendo el lógico orden de la propia construcción legal, ante una mujer que durante el período de lactancia natural simultáneamente presta actividad laboral hay que comenzar adoptando medidas de evaluación, adaptación de sus condiciones o cambio de destino para pasar, solo subsidiariamente, en último término a la suspensión contractual⁴². La analizada es “una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma no responde solo a una decisión sobre la existencia del riesgo”, sino “también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto compatible con la situación de la lactante; medidas que, de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o a la movilidad”. De la misma manera, “la entidad gestora tampoco debe tener que soportar -al margen de la procedencia, en su caso, del anticipo de la prestación- el coste de la prestación que no se habría causado si la empresa hubiese cumplido sus obligaciones preventivas”⁴³.

Funcionarias.- Cuando estas circunstancias afectasen a una funcionaria integrada en el Régimen General e incluida en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, se considera situación protegida, a efectos de esta prestación, el permiso por riesgo durante la lactancia natural (artículo 49.1, párrafo 3º, Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)⁴⁴.

Otros colectivos.- La exigencia de que el riesgo tenga su causa en la prestación de servicios se mantiene en términos análogos para las trabajadoras por cuenta propia (artículo 49.1, párrafo 2º, Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)⁴⁵. También gozan de protección por esta contingencia las

⁴¹ Las trabajadoras a tiempo parcial podrán acceder a la prestación por riesgo durante el embarazo (artículo 32.2 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo), con las particularidades establecidas en el artículo 34.4 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, en cuanto a la base reguladora y el abono de la prestación. La base reguladora diaria del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre el número de días naturales comprendidos en dicho período. De ser menor la antigüedad de la trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan.

⁴² En particular, corresponde a la empresa realizar la evaluación específica de riesgos y, después, “llevar a cabo gestiones efectivas encaminadas a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a puesto compatible, para lo que es necesario conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición a los factores de riesgos previamente señalados”. Si la evaluación específica de riesgos no determina la incompatibilidad de la prestación de servicios con la lactancia natural, corresponde a la trabajadora la carga de la prueba sobre tal extremo (STS de 25 enero 2012 [RJ 2012\2460]).

⁴³ SSTs 17 (2) y 18 marzo [RJ 2011\3421, RJ 2011\3423 y RJ 2011\3552].

⁴⁴ La prestación por riesgo durante la lactancia natural se extiende también a las funcionarias públicas y a las trabajadoras sometidas a normas administrativas o estatutarias, incluidas en el Régimen General, a las que se les conceda, respectivamente, permiso por riesgo durante la lactancia natural (artículo 1.2 RD 295/2009), siendo de aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general reguladora del Régimen correspondiente (artículo 1.3 RD 295/2009).

⁴⁵ En el supuesto de las trabajadoras por cuenta propia, se considera situación protegida el periodo de interrupción de la actividad profesional durante el periodo de la lactancia natural, cuando el desempeño de la misma pudiera influir negativamente en la salud de la mujer o en la del hijo y así se certifique por los servicios médicos de la entidad gestora o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social correspondiente.

trabajadoras autónomas, las socias de cooperativas de trabajo asociado y socias de trabajo de otras cooperativas y las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (DA 1ª Ley 39/1999, de 5 de noviembre).

2. SITUACIÓN PROTEGIDA

Laboralidad del riesgo.- Conforme a lo anterior, no se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado o actividad desempeñados (artículo 49.2 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)⁴⁶.

El artículo 26.4 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, ordena la aplicación de las normas sobre riesgo durante el embarazo “*durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo*”. En la acreditación de la situación de riesgo surgen las mayores dificultades. La norma acude a lo dispuesto en los artículos 14 y siguientes de la LPRL, así como en el 16, con la exigencia de que tal evaluación ha de tener la especial proyección reseñada. Señala el nº 1 del citado precepto que: *La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de esta ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto recientes (el número 4 lo extiende a la lactancia natural), 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. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad o la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos*⁴⁷.

La prueba de que las condiciones de trabajo influyen negativamente en la salud de la mujer o del hijo debe hacerse a través de informe de los Servicios médicos del INSS o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo (artículo 26.4 Ley 31/1995, de 8 de noviembre)⁴⁸.

⁴⁶ Procede su reconocimiento a tripulante de cabina de pasajeros, en tanto que los turnos y horarios de los vuelos impiden la pauta de las tomas propia de la lactancia natural y existe imposibilidad material de efectuar la extracción y conservación de la leche a bordo de las aeronaves, sin que la empresa ofrezca un puesto alternativo exento de riesgo o, un cambio en el sistema de distribución del tiempo de trabajo y en condiciones de intimidad e higiene a efectos de que las trabajadoras puedan efectuar la extracción y conservación de la leche, sino que se limita a ofrecer una reducción de jornada por lactancia (STS 24-4-2012 [RJ 2012\5116]).

⁴⁷ Cuando los riesgos “no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica” para la lactancia natural por personal con competencias para ello, “en la forma en que se desprende del artículo 26.1, en relación con el 16 LPRL”, no resulta posible conocer “si existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación” y, en su caso, si es necesario acudir a la suspensión contractual (SSTS de 17 marzo 2011 [RJ 3421, 3423 y 3424]). Desde luego, si fuese determinante el informe de un directivo de la empresa, que, aun sin competencia para ello y sin previa evaluación específica de los riesgos para la lactancia natural, aconseja la baja de la trabajadora afectada, habría que conceder la prestación a todas las trabajadoras sanitarias desde el momento de conocerse su embarazo hasta transcurridos nueve meses, “lo que carece de todo apoyo normativo” (STS) Castilla y León [Valladolid] de 30 noviembre 2011 [AS 3067], respecto de una enfermera del Servicio Digestivo de un hospital en régimen de turno rotatorio. Cfr. al respecto BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia”, *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, pág. 160.

⁴⁸ A la trabajadora también corresponde probar la situación personal de la lactancia natural, y que la misma se ve afectada por las condiciones de trabajo, lo que se hará a través de informe del facultativo del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la afectada (STS) Comunidad Valenciana de 24 octubre 2011 [AS 2012/106]). No ofrece duda que es una opción de la madre el mantener la lactancia natural una vez que se reincorpora al trabajo, tras finalizar la suspensión del contrato por maternidad, “no siendo exigible que su facultativo acredite la conveniencia del mantenimiento de la lactancia natural”. Es decir, cuando la mujer trabajadora finaliza su permiso de maternidad, puede desistir de la lactancia natural (si la venía realizando) “*motu proprio*”. Pero si decide seguir con la misma, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, garantiza que los riesgos laborales a los que se tiene que enfrentar no impedirán el ejercicio de dicha opción (STS) Navarra de 28 enero 2011 [AS 2011\1380]).

Identificación conceptual.- Si la “acción protectora del sistema de Seguridad Social” abarca la dispensación de prestaciones económicas en la situación de riesgo durante la lactancia (artículo 42.1.c Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), es indiscutible que el legislador considera que estamos ante una de las “situaciones de necesidad” (artículo 41 CE) mercedoras de protección. El examen de sus perfiles se presenta muy sencillo en el plano conceptual: la protección de Seguridad Social (en forma de subsidio económico) surge cuando el contrato de trabajo se suspende a causa del riesgo durante la lactancia. Si se quiere, hay dos realidades protegidas: 1ª) la lactancia natural de la mujer trabajadora y 2ª) la ausencia de rentas que su inactividad laboral provoca; pero tampoco es descabellado identificarla unitariamente: ausencia de rentas provocada a consecuencia de la inactividad derivada del riesgo que para la lactancia natural ocasionaría el normal cumplimiento del deber de trabajar⁴⁹.

3. SUPUESTOS NO COMPRENDIDOS

Resulta ilustrativo el examen del modo en que se van resolviendo los casos donde se discute si concurre el presupuesto que genera la prestación económica. En sentido negativo pueden verse los siguientes:

- *ATS de hospitalización-oncología del servicio de consultas externas*, por considerar que no basta con identificar unos riesgos genéricos, sino que se requiere la identificación, valoración y acreditación de riesgos específicos del puesto de trabajo en relación a la situación de lactancia (STS 17 marzo 2011 [RJ 2011\3421]).
- *ATS/DUE de un hospital*: ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural (SSTS 18 marzo 2011 [RJ 2011\3553] y 24 junio 2013 [RJ 2013\6110]) o de un *servicio de urgencias* [STS 1 octubre 2012 (RJ 2013\1451)]⁵⁰.

Sobre este particular, la carga de la prueba, es importante reseñar la reciente STJUE 19 octubre 2017, Asunto C-531/15, Otero Ramos (TJCE 2017\194), en la que se dictamina que la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia, con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, en el sentido de esta Directiva, y constituye, como se desprende del apartado 60 de la presente sentencia, una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54; correspondiendo a la parte demandada demostrar que la evaluación de los riesgos prevista en el artículo 4 de la Directiva 92/85 (LCEur 1992, 3598) se ha realizado con arreglo a las exigencias establecidas en esta disposición, entendiéndose que documentos como una declaración del empresario según la cual un puesto está clasificado de «exento de riesgo», en combinación con una declaración según la cual la trabajadora de que se trata es «apta» para el trabajo, sin proporcionar explicaciones que fundamenten estas conclusiones, no pueden, por sí solos, constituir una presunción *iuris et de iure* de que este es el caso. Cfr. al respecto, ROJO TORRECILLA, E.: “Sobre la carga de la prueba en casos de riesgo laboral de trabajadora en período de lactancia. Notas a la sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017 (asunto C-531/15)” en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/10/sobre-la-carga-de-la-prueba-en-casos-de.html> y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “La declaración de «apta» ya no es suficiente: traslación de la carga de la prueba en situaciones de riesgo durante la lactancia natural”, *RTSS (CEF)*, núm. 418 (2018), págs. 163 a 167.

La traslación de la jurisprudencia comunitaria a la interna ya se ha producido, cfr. STS 26 junio 2018 ECLI: ES:TS:2018:2651.

⁴⁹ Acerca de la posible cobertura en los supuestos de maternidad subrogada, cfr. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La protección frente riesgo durante el embarazo, el parto y la lactancia natural de las mujeres trabajadoras”, en VV. AA.: *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, (ROMERO BURILLO, A. M.^a dir.^a y coord.^a y RODRÍGUEZ ORGAZ, C., coord.^a), Cizur Menor, Thomson Reuters&Aranzadi, 2018, págs. 218-219.

⁵⁰ En el mismo sentido se han pronunciado los Tribunales Superiores de Justicia respecto a una *enfermera de equipo de atención primaria* (STS) Extremadura 24 junio 2010 [AS 2010\2169]); o *para la que presta servicios en planta de un hospital*: sus funciones de enfermera en consultas externas no conllevan un grado de estrés susceptible de provocar fatiga mental, ni la exposición a agentes químicos, nocivos o contaminantes que pongan en específico riesgo la salud de madre o hijo lactante, al contrario de lo que sucedía en el anterior puesto de trabajo, en planta ordinaria de hospital en turno rotatorio, y del que fue cambiada a otro que no presentara excesivos requerimientos ni exposición a elementos peligrosos por su condición de madre en periodo de lactancia (STS) Andalucía, Sevilla 2 abril 2009 [JUR 2009\259418]).

- *Farmacéutica hospitalaria, encargada de preparar fórmulas magistrales con soluciones bacteriológicas* (STS 3 mayo 2011 [RJ 2011\4500]).
- *Médica pediatra que presta servicios en un centro de salud* (STS 21 septiembre 2011 [RJ 2011\7060]).
- *Médica del servicio de urgencias hospitalarias* (STS 21 marzo 2013 [RJ 2013\3825]).
- *Trabajadora social con funciones de acompañamiento, entrevistas y visitas a personas en situación de exclusión social*: no se ha acreditado la concurrencia de factores de riesgo concreto, salvo el genérico de las relaciones normales y habituales entre las personas, pero en modo alguno derivadas de la actividad laboral en sentido estricto, pues no se trata de tareas sanitarias con riesgo de contagio, ni exposición a agentes tóxicos o químicos, ni a radiaciones, o de trabajo a turnos (STSJ Murcia 2 noviembre 2010 [JUR 2011\49012]).
- *Empleada de estación de servicio* por no coincidir su horario con los tiempos de descarga ni realizar funciones con exposición directa al benceno, tales como intervenir en descarga de combustible, realizar mediciones, intervenir en el varillado de los tanques, existiendo además un sistema de recuperación de vapores para evitar la exposición (STSJ Navarra 5 marzo 2010 [AS 2010\1088])⁵¹.
- *Educadora de centro de reeducación de menores* (STS 13 mayo 2015 [RJ 2015\4275]).

4. SUPUESTOS COMPRENDIDOS

Los Tribunales han considerado que existe situación de riesgo por exposición a agentes biológicos o químicos en los siguientes casos:

- *ATS-DUE de medicina interna, oncológica, traumatología y medicina general, en la que se atiende eventualmente a pacientes con virus VIH, VHC o salmonella* (STSJ Murcia 25 octubre 2011 [PROV 2011\22734]).
- *Celadora en un hospital* (la actora trabaja en el servicio de urgencias, en turno rotatorio de mañana, tarde y noche y, en consecuencia, atiende a pacientes que no siempre están previamente diagnosticados (STSJ Murcia 16 julio 2010 [JUR 2010\296181]).
- *Matrona que presta servicios en un paritorio* (STSJ Murcia 7 julio 2010 [PROV 2010\275864]).
- *Operaria de cadena de montaje que soporta altas temperaturas, tiene riesgo de infección o de enfermedades del riñón por la imposibilidad de acudir al servicio e inexistencia de salas de lactancia* (STSJ Madrid 29 junio 2010 [AS 2010\2645]).
- *Conductora de autobús* que entre los factores de riesgo se incluyen las condiciones de trabajo como los choques, vibraciones o movimientos asiduos durante la actividad laboral que pueden influir negativamente, así como el estrés y las molestias que se derivan de la sedestación prolongada (STSJ Madrid 30 abril 2010 [AS 2010\1646]).
- *Vigilante de seguridad en central nuclear*: (trabajo a turnos de 12 horas en que tiene que prestar atención y concentración; no poder compatibilizar dichos turnos con las tomas de un lactante, ni tampoco la extracción de leche durante los citados turnos; así como, el estrés producido por el alto nivel de concentración y por la posibilidad de alarmas ante las que tiene que actuar, lo que puede inhibir la producción de leche) (STSJ Castilla-La Mancha 21 octubre 2010 [AS 2010\2]).
- *Expendedora-vendedora en estaciones de servicios de gasolina* por su exposición al benceno, agente químico de riesgo para las trabajadoras lactantes conforme dispone el Real

⁵¹ Cfr. BENAVENTE TORRES, M.ª I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., págs. 81 y ss.

Decreto 298/2009, de 6 de marzo (TSJ Castilla-La Mancha 8 julio 2010 [AS 2010\2191]).

- *Azafata de vuelo de aeronaves* ya que el régimen de turnos y condiciones de trabajo impiden mantener el ritmo de lactancia natural. En este caso se tiene derecho a la prestación si la empresa no ofrece un puesto alternativo exento de riesgo o un cambio en el sistema de distribución del tiempo de trabajo y en las condiciones de intimidad e higiene a efectos de que las trabajadoras puedan efectuar la extracción y conservación de la leche (SSTS 24 abril 2012 [RJ 2012\5116], 21 junio 2012 [RJ 2012\8964] y 22 noviembre 2012 [RJ 2013\355])⁵².
- *Enfermera de urgencias hospitalarias*, al haberse aportado prueba eficaz sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad profesional de la trabajadora que consiste, básicamente, en que durante la noche, si no hay salidas, pasa el tiempo en las dependencias del centro y durante el día está la mayor parte en la ambulancia, tanto con las salidas como preparando el material para la UVI medicalizada. Su función es la de apoyar los tratamientos médico-quirúrgicos de emergencia que se practiquen. En el desempeño de esta tarea, la trabajadora está expuesta a agentes químicos y biológicos por contagio, incidiendo factores psicosociales en el manejo de situaciones críticas (STS 3 abril 2018 [RJ 2018\1970]).
- *ATS-DUE para la empresa Summa 112, realizando sus funciones dentro de la UAD (Unidad de Asistencia Domiciliaria Rural*, por cuanto, en primer lugar, la evaluación de riesgos no perfila de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultando contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora la denegación de la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia, bastando a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales. Y, en segundo lugar, revisando su anterior jurisprudencia, señala que la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna (STS 26 junio 2018 ECLI: ES:TS:2018:2651).

5. DELIMITACIÓN

De manera innecesaria, el artículo 188 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, opta por delinear de forma compleja la situación protegida, al no conformarse con mencionar la fase suspensiva del contrato de trabajo como desencadenante de la protección e incluir también sus

⁵² Cfr. en este sentido, BENAVENTE TORRES, M.^a I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., págs. 81 y ss., quien señala como especialmente llamativo la falta de criterio unívoco respecto de la apreciación de los riesgos concretos de un puesto de trabajo y su valoración, de lo que incluso se encuentran pistas en la actuación del INSS, por lo que aboga por que deba profundizarse en la investigación y perfeccionarse el trabajo técnico de orientación en la evaluación de los riesgos a través de las Guías y de formación de los profesionales (incluida la ITSS), pág. 93.

fuentes normativas y una síntesis de su contenido. En cualquier caso, no obstante el reseñado carácter perifrástico del precepto (hubiera bastado con disponer que “es situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo debido a riesgo durante la lactancia natural”), lo que persigue es configurar la suspensión contractual por existencia de riesgo durante la lactancia como el presupuesto para que se reconozca esta prestación.

La suspensión contractual se prolonga tanto tiempo cuanto persista la imposibilidad de reincorporarse al puesto originario o a otro compatible con el estado de la trabajadora (artículo 48.8 ET).

Es muy conveniente recordar que la contingencia de riesgo durante la lactancia solo surge como final de una serie de procesos y valoraciones individualizadas acerca de las condiciones de trabajo materiales y del estado físico de la mujer en situación de lactancia natural. Aquí no se trata de determinar la imposibilidad material en orden a llevar a cabo la prestación de servicios (como en cualquier incapacidad), sino la inconveniencia de hacerlo. Para determinar que así sucede, por lo tanto, hay que tomar en consideración factores atinentes a la organización productiva de la empresa, elementos subjetivos de la trabajadora y conocimientos médicos. Un mayor detalle de esta situación lleva a explicar lo siguiente:

- El empresario ha de evaluar si la trabajadora en situación de lactancia está expuesta a un riesgo específico para ella y, en su caso, adoptar las medidas que lo eviten, incluyendo la evitación del trabajo nocturno o en régimen de turnos (primer nivel de protección).
- Cuando la adaptación de condiciones fuese imposible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo, surge la posibilidad de cambio de funciones, lo que supone acceder a un segundo escalón de protección: hay que buscarle un puesto de trabajo compatible con su estado⁵³.

El desencadenamiento de esta protección ulterior es algo complejo: 1º) El médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora ha de emitir el informe. 2º) Los médicos del INSS o de las Mutuas han de certificar que el puesto de trabajo a desempeñar puede influir negativamente en la lactancia. 3º) El empresario consulta con los representantes de los trabajadores y determina los puestos de trabajo exentos de riesgos. 4º) Se destina a la trabajadora a una nueva ocupación, respetando las normas sobre movilidad funcional o incluso, si no hubiere puesto o función compatible, obviándolas (pero respetando las retribuciones del puesto de origen).

- Por fin, en un tercer nivel, cuando los cambios anteriores sean (técnica u objetivamente) imposibles o haya motivos justificados para implantarlos, podrá declararse el paso a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia.

6. REQUISITOS DEL HECHO CAUSANTE

Del mismo modo que ha de acreditarse la situación de embarazo para que nazca la específica protección que el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, dispensa en tal caso, aquí la lactancia natural ha de evidenciarse a través de cualquier signo externo. No ha querido el ordenamiento establecer reglas concretas al respecto, pero es seguro que la buena fe y el abuso de derecho han de estar tan presentes como las finalidades tuitivas que animan a la Ley. Existiendo una

⁵³ Aunque sea discutible, es lógico que la Ley haya fijado el término de la lactancia natural en los nueve meses del menor, tanto por analogía con el permiso que por tal motivo se contempla en el artículo 37.4 ET cuanto por la seguridad jurídica que proporciona el no tener que estar pendientes de la mayor o menor extensión real de esa circunstancia.

trabajadora comprendida en el ámbito de aplicación de la contingencia y acaciendo la situación de riesgo descrita, el derecho a percibir el subsidio surge cuando se cumplen los requisitos de estar afiliada y en alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social en la fecha en que se inicie la suspensión.

Determinación por remisión a la IT derivada de contingencias profesionales.- Conforme al artículo 189 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, “la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo”, de manera que las reglas e interpretaciones, jurisprudenciales o administrativas, respecto de la misma son inicialmente válidas para nuestro supuesto.

Requisitos de la norma remitida.- No hay mención directa a los requisitos necesarios de acceso a la prestación sino remisión al régimen de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, lo que hace necesario acudir al artículo 172 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, donde se contemplan los requisitos del hecho causante en el caso de IT derivada de accidente o enfermedad profesional⁵⁴. El citado artículo 172 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, hace una referencia expresa al artículo 165.1, donde se establece el requisito general, para acceder a las prestaciones, de estar afiliado y en alta o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida⁵⁵. Además, como consecuencia de su naturaleza profesional, en ausencia de afiliación y/o alta entra en juego el alta presunta o de pleno derecho (“las trabajadoras por cuenta ajena anteriormente relacionadas se considerarán, *de pleno derecho*, en situación de alta [...] aunque su empresa hubiera incumplido sus obligaciones”), y en ningún caso se exige período de carencia⁵⁶.

7. PROTECCIÓN ECONÓMICA: LA PRESTACIÓN

El actual artículo 189 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, regula la prestación por remisión a “*los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo*”-lo que tiene su razón de ser en la estrecha similitud de ambas situaciones protegidas- y “con el procedimiento previsto en el capítulo IV Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo” para la misma prestación según dispone el artículo 50.1 del mencionado reglamento⁵⁷. Así pues cabe reproducir aquí lo afirmado respecto de aquella ayuda económica: la cuantía será el 100 % de la base reguladora, y habrá de considerarse que deriva de contingencia profesional con todo lo que tal calificación conlleva: el cálculo de la base reguladora mediante la fórmula aplicable al accidente de trabajo o la enfermedad profesional; la aplicabilidad del alta de pleno derecho del artículo 166.4 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre; o en su caso, la gestión y el pago de la prestación económica por la entidad gestora o colaboradora que resulte competente en el momento de la suspensión del contrato o de la actividad⁵⁸.

En orden a la solicitud de la prestación por riesgo durante la lactancia natural no cabe la situación de asimilada a la de alta, por lo que la trabajadora tiene que estar necesariamente en alta y prestando servicios⁵⁹. Dicho de otro modo: un presupuesto previo para el reconocimiento de la

⁵⁴ El artículo 32.1 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, reitera esas previsiones.

⁵⁵ En los mismos términos, serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras integradas en el Sistema Especial de la Seguridad Social de los Empleados de hogar, que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo.

⁵⁶ Cfr. artículo 32.3 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, y 29.2 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

⁵⁷ “La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento previstos en el capítulo IV para la prestación por riesgo durante el embarazo, debiendo entenderse referida a la distinta naturaleza del riesgo todas las previsiones contenidas en el mismo”.

⁵⁸ Sobre el mantenimiento del abono de los complementos retributivos durante la situación de riesgo durante la lactancia natural, cfr. STS 24 enero 2017 (RJ 2017\1615), en la que se sostiene “que está estableciendo un nivel de compensación mínima específicamente dispensado a las trabajadoras respecto del cual cualquier minoración habrá de ser rechazada”.

⁵⁹ En este sentido, el voto particular STSJ País Vasco 5 abril 2011 (AS 2012\6), según el que la prestación económica analizada requiere que se objete “una negativa incidencia del entorno natural en la lactancia natural”, lo que exige “la previa incorporación de la trabajadora al puesto de trabajo, al objeto de que, médicamente, se pueda constatar tal supuesto

prestación por riesgo durante la lactancia natural es que la trabajadora “esté en su puesto de trabajo”⁶⁰. Si la trabajadora no se ha reincorporado al trabajo desde el nacimiento de su hijo, “no puede sostenerse la existencia efectiva de riesgo alguno para la lactancia materna, no pudiéndose solicitar excedencia y, al mismo tiempo, prestación por riesgo durante la lactancia”⁶¹.

Por lo que se refiere a la duración de la prestación, su nacimiento coincidirá con el inicio de la suspensión -así se entiende por remisión a lo dispuesto para el riesgo durante el embarazo-. Y se extinguirá como máximo cuando el hijo cumpla nueve meses, siempre y cuando continúe la suspensión contractual⁶²; es decir, siempre que la beneficiaria no se haya reincorporado a su puesto de trabajo o bien a otro compatible con su situación; el contrato se haya extinguido o cesado en el ejercicio de la actividad profesional; por la interrupción de la lactancia natural; fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante (artículo 50.3 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)⁶³. Ahora bien, no procede el reconocimiento de la prestación “en tanto no se haya extinguido el periodo de descanso por maternidad” (artículo 50.2 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

Como es habitual, la trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio (artículo 50.4 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)⁶⁴.

8. GESTIÓN

La gestión y el pago de la prestación económica se llevará a cabo por la entidad gestora o colaboradora que tenga cubierta con la empresa la cobertura de las contingencias profesionales en el momento de la suspensión del contrato o de la actividad, con independencia de que durante la situación de riesgo durante la lactancia natural se produzca un cambio de la entidad que cubra las contingencias profesionales o comunes, según los casos (artículo 51.1 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio es el mismo que el establecido para la prestación de riesgo durante el embarazo, “cuando se acredite la situación de la lactancia natural, así como la circunstancia de que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud o en la del hijo” (artículo 51.2 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

Por último, las entidades responsables de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, “podrán establecer instrumentos de control periódico para una adecuada eficacia en la gestión de la prestación” (artículo 51.3 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

de hecho previsible, máxime cuando la trabajadora presenta una situación distinta a la que tenía cuando abandonó el trabajo por riesgo durante el embarazo” o por maternidad.

⁶⁰ STSJ Comunidad Valenciana 7 junio 2011 (AS 2011\2295): “dado que la trabajadora se encontró en situación de excedencia por cuidado de hijo desde el 27 de mayo de 2010 hasta el 8 de agosto del mismo año y, previamente, de vacaciones (que pidió estando de baja maternal), la solicitud de prestación de riesgo durante la lactancia “carece de sentido y de razón de ser”, desde el momento en que la trabajadora obtuvo y disfrutó un período de excedencia por cuidado de hijo.

⁶¹ STSJ Murcia 2 abril 2012 (JUR 2012\13895).

⁶² Cfr. BENAVENTE TORRES, M.^a I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., págs. 64 a 65.

⁶³ La prestación se extingue al hacerlo también el contrato por dimisión de la trabajadora, con lo que los efectos de aquella se limitan al momento “de desvinculación del mundo laboral por la demandante”, pues, a partir de entonces, desaparece la causa generadora del derecho reclamado. Además, sucede que, unos días después, la trabajadora se incorpora a otra empresa para realizar un trabajo similar, con lo que no cabe aceptar que “una situación que exonera de la obligación de trabajar pueda esgrimirse frente a un tercero, que suscribe un contrato de trabajo con la actora, para prestar servicios a su favor” (STSJ Madrid 8 febrero 2011 [JUR 2011\146763]).

⁶⁴ Surge aquí un ámbito de discusión en la lucha intestina propia entre la entidad gestora y la colaboradora, que exigirá el desarrollo de la norma para articular esa participación de la mutua en la gestión y, especialmente, para el reconocimiento del derecho y el control de los extremos que configuran la situación protegida, pues, no en vano, la especificación de la naturaleza, grado, duración de las exposiciones, cobertura de las medidas preventivas o fracaso de estas, deberá realizarse con una capacidad de discrepancia que, especialmente en el contenido de la documentación médica acreditativa de las condiciones del puesto y su carácter perjudicial, requieren los informes del servicio de prevención y mecanismo de control que pauten el verdadero deslinde” de las prestaciones que procedan (voto particular STSJ País Vasco 5 abril 2011).

COMUNICACIONES

CAPÍTULO IV. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD COMO NECESIDAD SOCIAL

FARAH AMAADACHOU KADDUR

*Profesora Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

Sin necesidad de entrar en la exégesis completa, a modo de visión global o bien de comprensión unitaria, unas palabras introductorias aportan, en cierto modo, un apartado recopilador que, colocado sistemáticamente al comienzo del estudio, se suele presentar como una reflexión sintetizadora que nos adentra en la antesala de aquellas cuestiones capitales que serán debidamente abordadas en el lugar oportuno. Dicho lo cual, como ya sabemos, la protección por maternidad es una cuestión recurrente sometida a un continuo estudio y debate, tanto por la doctrina científica como en sede judicial, lo cual evidencia en buena parte, por un lado, la incuestionable trascendencia que reviste, pero al mismo tiempo, pone de manifiesto su transversalidad y su estrecha vinculación con múltiples materias conexas que demandan una permanente revisión y actualización.

Para comenzar, bajo este planteamiento inicial resulta ineludible poner en valor la maternidad como experiencia vital cuya importancia inquebrantable alcanza, sin duda alguna, su máximo nivel. No en vano, merece una atención especial todo el entramado de sinergias y su repercusión en el campo del derecho a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, para la consecución real de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. A tal fin, resulta conveniente afianzar la corresponsabilidad como elemento vector clave.

En síntesis, por todas estas razones, enunciadas por el momento de manera sucinta, junto con un caudal de consecuencias diversas que trascienden la esfera de lo personal y repercuten de manera decisiva en el ámbito social, demográfico, laboral, económico, entre otros, la protección por maternidad se alza como una necesidad social de primera magnitud que reclama una atención prioritaria y una posición central en la consolidación del modelo del Derecho familiar del trabajo y de la seguridad social.

II. LA INFLUENCIA DEL MODELO TRADICIONAL DE FAMILIA

Como punto de arranque, me parece obligado efectuar algunas consideraciones de carácter general que contribuyan a una mejor comprensión de cuanto ha de razonarse. En este sentido, lo que realmente me interesa señalar es el papel fundamental que desempeña la familia que no solo se circunscribe en la vida del ser humano, sino en la sociedad en general. Partiendo de esta de premisa, y rehuyendo de cualquier planteamiento errático, simplista y reduccionista, la familia, en sentido amplio, se configura como el centro neurálgico de la propia génesis y evolución de la sociedad, núcleo de convivencia básico y esencial, que presenta un carácter multidimensional. Por lo demás, hoy por hoy persiste el prototipo clásico de familia, en base al cual se atribuye principalmente al hombre el rol de sustentador económico del núcleo familiar, por su dedicación al trabajo económicamente retribuido y socialmente valorado; mientras que, por otro lado, la tarea o el papel

que se le asigna a la mujer es el de cuidadora de la familia, sin ningún tipo de compensación económica y una falta de reconocimiento social, que resulta a todas luces incomprensible.

De igual modo, llama poderosamente la atención el elevado nivel de infravaloración del trabajo desempeñado en el entorno familiar cuando es una condición no solo necesaria sino imprescindible desde el punto de vista de la producción del capital humano que requiere el mercado y, en general, para la propia existencia y desarrollo de una sociedad constituida por personas con una serie de valores, principios y habilidades que van a ser absolutamente determinantes. Por tanto, el desempleo de este papel cumple una función tremendamente importante no sólo desde una perspectiva individual sino para todo el conjunto de la sociedad, así como para el mantenimiento de la propia vida humana.

Con todo y con ello, siendo la maternidad tan importante para las personas desde el punto de vista individual y para el conjunto de la sociedad, lo sorprendente es que tradicionalmente ha sido invisibilizada, infravalorada y carente del verdadero reconocimiento que bien merece¹. Probablemente la dificultad de mercantilizar los cuidados y las tareas que desempeñan en el ámbito doméstico ha contribuido en gran medida a su escasa valoración. Esta hipótesis cobra aún más fuerza cuando en los últimos años se ha producido la incorporación de las mujeres inmigrantes al trabajo doméstico y al cuidado en los hogares españoles, su contratación ha ido acompañada de una tímida visibilización de este trabajo y ha propiciado en cierto modo un desarrollo, aunque realmente escaso, de las políticas públicas.

La asignación de roles «hombres-productores» (responsables del mantenimiento económico de la unidad familiar) y «mujeres-cuidadoras» (encargadas de propiciar cuidados y bienestar) y, por tanto, fundamentada en la división sexual del trabajo, restringe la inserción, el mantenimiento y la promoción profesional de las mujeres en el ámbito laboral. También se ha podido verificar que la relativamente reciente y creciente incorporación de la mujer al mercado laboral no ha ido acompañada de los cambios necesarios para ampliar la participación de los hombres en el espacio doméstico. Sea como fuere, también hay que reconocer que el matrimonio o, en su caso, la unión en pareja y sobre todo la maternidad se revelan como dos puntos de inflexión en la vida laboral de la mujer, y un claro reflejo de esta realidad queda patente a la hora de ejercitar derechos de conciliación tales como el permiso de maternidad y/o paternidad que son un buen indicador de la persistente división sexual del trabajo, así como de la diferencia a la hora de asignar determinados roles en función del género. En estrecha vinculación con lo recién señalado, resulta conveniente destacar la necesidad de implementar medidas en atención a la paridad, acciones positivas y bajo un enfoque de transversalidad².

III. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MATERNIDAD

1. PRINCIPALES NOTAS DEFINITORIAS

Partiendo de la base de que el legislador español realmente no concreta una delimitación conceptual de la prestación de maternidad. Sin embargo, lo cierto es que de la regulación se pueden extraer las principales notas definitorias que dan carta de su naturaleza. En primer lugar, hay que destacar como premisa básica y esencial que la prestación por maternidad se configura como un subsidio, o dicho en otras palabras si se prefiere, se trata de una prestación económica de carácter temporal, incluida en la acción protectora tanto del régimen general como de los regímenes especiales. Su cometido principal es facilitar a las trabajadoras o, en su caso, trabajadores unas rentas económicas durante los períodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción,

¹ ROYO PRIETO, R.: “Maternidad, paternidad y desigualdad de género: los dilemas de la conciliación”, *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria, Revista de servicios sociales*, núm. 53, 2013, pp. 126 y ss.

² GUIRAO MIRÓN, C.: “Políticas de conciliación y políticas de igualdad. El caso español”, *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 49, 2011, pp. 21-24.

guarda con fines de adopción o acogimiento familiar. De este modo, se pretende garantizar el mantenimiento de los ingresos durante los períodos protegidos.

En su etapa más temprana, el ámbito de protección de esta prestación quedaba únicamente constreñido a la maternidad biológica. Afortunadamente, con el natural transcurrir de los años, ha experimentado una evolución que ha desembocado en una progresiva ampliación de los supuestos protegidos por nuestro ordenamiento jurídico. Sobre este punto en concreto, las novedades más reseñables se encuentran en la extensión de la protección de la prestación por maternidad, a los supuestos de adopción, la guarda con fines adoptivos y el acogimiento. Este replanteamiento evidencia que, junto a la madre, como sujeto protegido, se ha considerado con acierto, velar por la tutela del hijo recién nacido, adoptado, acogido o bien en situación de guarda. Por otro lado, ha supuesto la incorporación del otro progenitor como beneficiario de la prestación. De este modo, salvo el período previo o el período de descanso obligatorio posterior al parto en los supuestos de maternidad biológica, ambos progenitores se encuentran prácticamente en una situación de igualdad. En el resto de situaciones protegidas, no resulta aventurado afirmar que esa igualdad llega a ser absoluta. En buena parte, la razón de ello se reside en la adopción de medidas tendentes a servir de aliciente en aras a propiciar la necesaria corresponsabilidad³.

2. SITUACIONES PROTEGIDAS

Al hilo de las consideraciones vertidas en el apartado anterior, en las que ya se ha referenciado sobre el proceso de homologación a la maternidad biológica de los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, para dotar de efectividad al principio de protección de todos los hijos, entre otras razones. Como se aprecia de lo expuesto, a efectos de la prestación por maternidad se consideran situaciones protegidas⁴ (art. 177 LGSS, art. 48 ET, art. 49.b) EBEP):

- La maternidad biológica: cuando la trabajadora da a luz uno o varios hijos.
- La adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, tanto permanente como temporal, siempre y cuando en este último caso, su duración no sea inferior a 1 año, de:
 - Menores de 6 años
 - Mayores de 6 años pero menores de 18 años con discapacidad (con un grado igual o superior al 33 %) o bien porque tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, siempre que esta circunstancia esté debidamente acreditada por los servicios sociales competentes.

Efectivamente, la adopción es otra posibilidad de establecer una relación de filiación, ahora bien, resulta conveniente matizar que a efectos de su configuración como un supuesto protegido por la prestación de maternidad siempre va a requerir de una resolución judicial.

No obstante, también se considera situación protegida la adopción internacional, entendiéndose por tal, aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a territorio español por adoptantes con residencia habitual en España, bien tras su adopción en el país de origen o bien con la finalidad de constituir tal adopción en España (art. 1.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional).

³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Capítulo 3. La protección por maternidad y paternidad”, en, VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 721- 722.

⁴ *Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo, Riesgo durante la lactancia natural. Prestaciones*, Madrid, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018, p. 6.

Asimismo, convendría anotar que la jurisprudencia reconoce el derecho a la prestación en los casos de adopciones de hijos del otro cónyuge, como así queda reflejado, por ejemplo, en las SSTSJ del País Vasco de 30 de marzo de 2010, AS\2011\875; de Madrid de 7 de julio de 2014, AS\2014\2274. Incluso cuando la madre o, en su caso, el padre, biológicos ya hayan disfrutado con anterioridad de la suspensión y correspondiente prestación por maternidad biológica (SSTSJ de Canarias de 27 de abril de 2015, AS\2015\1758; de Madrid de 3 de octubre de 2014, AS\2014\2822). O también, cuando han convivido previamente el adoptante y el adoptado, como así lo testimonia, entre otras, las STSJ del País Vasco de 16 de junio de 2015, JUR 2015\210299. También podemos encontrar sentencias en contra, en las que se considera que tras haberse producido dicha convivencia no se cumple la finalidad que se percibe con esta prestación, en este sentido, cabe citar la STSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 2010, AS\2010\1930.

En lo referente a la guarda con fines de adopción, hay que destacar la Ley 26/2015, de 18 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia. A través de ella se posibilita el inicio de la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para adoptarle, con anterioridad a que la Entidad Pública a la que esté encomendada la protección del menor proponga la constitución de la adopción ante el Juez competente, y hasta que se dicte la correspondiente resolución judicial. La finalidad principal es evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia.

En cuanto al acogimiento familiar se lleva a cabo por aquella/s persona/s que determine la Entidad Pública encargada de proteger a los menores. Esta vía permite la plena integración y participación del menor en la vida de familia y conlleva para quienes lo reciben las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en su entorno afectivo.

A tenor del art. 2.2 RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, «se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación». Por tanto, como se puede corroborar la realidad es muy diversa y eso se refleja o se traslada en sede judicial y en la heterogeneidad de los pronunciamientos sobre cada una de estas cuestiones.

- La gestación por sustitución en un país extranjero con arreglo a la legalidad vigente en dicho país, porque como bien es sabido, esta situación no está permitida por nuestro ordenamiento. En la actualidad de nuestros días una cuestión que viene acaparando la atención en sede doctrinal y judicial es precisamente la relativa a la maternidad por sustitución, comúnmente conocida como «vientres de alquiler», sin duda, un tema de notoria complejidad. Lo que explica en buena parte el afloramiento de criterios judiciales muy dispares a efectos de admitirla como una situación generadora del subsidio de maternidad. En consecuencia, se trata de una cuestión ya de por sí complicada por los propios entresijos inherentes a la misma, pero lo cierto es que dicha complejidad se ha visto acrecentada por la proliferación

de una oscilante jurisprudencia menor, en ocasiones favorable y en otras, sin embargo, en contra. Desde esta perspectiva, lógicamente, las fundamentaciones esgrimidas varían sustancialmente de unos pronunciamientos a otros, como tendremos ocasión de comprobar seguidamente.

Mientras unos Tribunales Superiores de Justicia optaban por decretar su equiparación a las restantes situaciones legalmente previstas, como son la maternidad biológica, la adopción o acogimiento y, por consiguiente, proceden a reconocer el derecho al apercibo de la prestación correspondiente. Dentro de esta vertiente de la doctrina judicial favorable a la equiparación y al correspondiente reconocimiento de esta prestación, en una línea que entiendo yo, con todo el respeto, mucho más acertada, encontramos destacados pronunciamientos judiciales entre los que cabe citar, al menos, los siguientes: SSTSJ de Cataluña de 1 de julio de 2015, AS\2015\1826; de Madrid de 23 de diciembre de 2014, AS\2015\406; de Castilla la Mancha de 27 de mayo de 2015 AS\2015\1332; de Canarias de 27 de marzo de 2015 AS\2015\1993, entre otras muchas.

En este sentido, merece la pena detenerse en los principales argumentos sobre los que se sustenta esta línea judicial, por un lado, se considera que existe una laguna legal y, por tanto, debe ser cubierta por el criterio analógico, particularmente con la adopción, y poniendo en valor la necesidad de proteger debidamente el interés del menor. A mi juicio, teniendo siempre en cuenta que este asunto es decididamente mucho más complejo y necesita de no pocas matizaciones, esta vertiente judicial no solo contribuye en términos de una mayor seguridad jurídica, sino que sienta las bases de un sistema más justo en favor, sobre todo, del interés del menor que, a mi parecer, en todo caso ha de primar. Además, intenta dar respuesta a una realidad innegable, a la emergencia de nuevas necesidades y muestra una mayor capacidad de acercamiento a las diversas y cambiantes situaciones. En definitiva, brinda una solución bastante más equitativa y en sintonía con el más depurado y exquisito rigor que se requiere a la hora de dirimir sobre asuntos en los que está presente el interés del menor, cuya protección debe ocupar el máximo nivel que merece y lo que para mí es, sin duda, un límite infranqueable.

Como ya se viene advirtiendo, también podemos encontrar jurisprudencia menor desfavorable y, por tanto, se muestra contraria a este planteamiento. Esta dirección es la acogida, entre otras, por las SSTSJ de País Vasco de 13 de mayo de 2014, AS\2014\1228; de Andalucía de 4 de febrero de 2015, AS\2015\720⁵. Esta línea judicial que se pronuncia en contra, se apoya en la Jurisprudencia del TJUE que rechaza que los Estados miembros tengan la obligación de otorgar prestaciones de maternidad en estos casos en concreto, como así queda reflejado en la STJUE de 18 de marzo de 2014, asuntos C-167/12 y C-363/12, donde se reconoce que estas situaciones no vienen amparadas en la Directiva 92/85/CEE, del Consejo del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En base a esta argumentación no están obligados a conceder un permiso de maternidad a trabajadoras que han tenido un hijo recurriendo a esta técnica de reproducción asistida. En consecuencia, su denegación no constituye una discriminación por razón de sexo.

⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Capítulo 3. La protección por maternidad y paternidad”, en, VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), op cit., pp. 722- 725.

De cualquier modo, con el designio de reconducir esta situación, la tendencia que se viene confirmando y afianzando es la primera que veníamos aludiendo, y esta dirección es la acogida finalmente por el TS, consolidando así una interpretación uniforme, novedosa y, lo más importante, favorable a la equiparación de esta situación concreta con las situaciones legalmente previstas como son la maternidad, la adopción y el acogimiento (SSTS núm. 953/2016, de 16 de noviembre, RJ\2016\6152; núm. 881/2016, de 25 de octubre, RJ 2016\6167). Con esta dirección, el TS opta por realizar una interpretación integradora del derecho interno a la luz de la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, JUR 2014\176908, caso *Mennesson* contra Francia, en cuanto a la aplicación del art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto debe guiar cualquier tipo de decisión que les afecte, junto con los arts. 14 y 39.2 ambos de la CE⁶.

Por todo ello, siempre debe primar la necesidad de garantizar la efectiva satisfacción de los cuidados que requieren los hijos en sus primeros meses de vida y que tan decisivos resultan ser a lo largo de todo su desarrollo vital, de modo que, cualquier otra cuestión pasa a ocupar un segundo plano⁷.

- La tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor, siempre que conlleve la convivencia entre el tutor y el tutelado, en los mismos términos relativos a la edad que el menor adoptado o el menor que se encuentra en situación de guarda con fines de adopción o acogido⁸.

3. BENEFICIARIOS

En el caso del subsidio contributivo por maternidad, ostentan la condición de beneficiarios (art. 178 LGSS):

- Los trabajadores por cuenta ajena, incluidos los trabajadores contratados para la formación y a tiempo parcial, cualquiera que fuera su sexo, que disfruten de los períodos de descanso por nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento legalmente establecidos, siempre y cuando acrediten los requisitos exigidos. Especialmente significativas resultan ser las situaciones, como la descrita ahora, en la que, al tratarse de una igualdad absoluta, se facilita la cobertura de las necesidades de corresponsabilidad.
- En aquellos supuestos en los que el período de descanso sea disfrutado, bien simultáneamente o bien sucesivamente, por los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o, en su caso, acogedores, ambos tendrán la condición de beneficiarios, siempre que cada uno de ellos reúna de manera independiente los requisitos exigidos.
- En caso de parto, si fallece la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la prestación económica por maternidad durante todo el período de descanso o durante la parte que quedara por disfrutar, computado desde la fecha en la que se produjo el parto y sin que se descuente la parte que hubiera podido disfrutar la madre con anterioridad al parto.

⁶ <http://www.aranzadigital.es>

⁷ LLORENS ESPADA, J.: “Nuevos retos de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad”, *Lan Harremanak*, núm. 38, 2017, p. 150.

⁸ *Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo, Riesgo durante la lactancia natural. Prestaciones*, op cit., p. 6.

Sobre este punto lo que realmente me interesa señalar es el propósito implícito del legislador y la consecuencia resultante en aras a facilitar la protección del neonato⁹. Con plena convicción, este debe ser el criterio principal a la hora de tomar cualquier decisión sobre esta materia, que en la actualidad de nuestros días aflora con situaciones muy diversas.

- Otra situación que puede darse en caso de parto cuando la madre es trabajadora por cuenta propia y no tuviese derecho a suspender su actividad con derecho a prestaciones, en función de lo dispuesto en las normas que regulan dicha actividad o no está incluida en el RETA, ni tampoco en una mutualidad de previsión social alternativa, el otro progenitor sí tendrá derecho a percibir el subsidio contributivo por maternidad que le hubiera correspondido a la madre.
- En caso de parto cuando la madre trabajadora no reúna el período mínimo de cotización exigido para su percepción, y se le reconozca el subsidio de naturaleza no contributiva, el otro progenitor podrá percibir el subsidio contributivo por maternidad, a opción de la madre, y durante el período de descanso que corresponda, descontando la duración y el incremento del subsidio contributivo que hubiera correspondido a la madre.

En cualquier caso, en todas estas situaciones, el otro progenitor siempre deberá reunir los requisitos exigidos. Además, hay que tener en cuenta que el disfrute de esta prestación es perfectamente compatible con el subsidio de paternidad.

En cuanto al subsidio especial por parto, nacimiento por gestación por sustitución, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, tendrán la condición de beneficiarios:

- Quienes lo sean a su vez de la prestación por maternidad, siempre que disfruten de un período de 6 semanas siguientes al parto, nacimiento por gestación subrogada, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Este tipo de subsidio solo puede percibirlo uno de los progenitores, guardadores o acogedores. No obstante, hay que distinguir en caso de parto, donde la opción dependerá únicamente de la madre como titular principal del derecho y por razones propiamente biológicas, mientras que en el resto de situaciones la decisión final deberá ser fruto del acuerdo de ambos.

Para finalizar, pueden ser beneficiarios del subsidio no contributivo por maternidad:

- Las trabajadoras, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, que en caso de parto cumplan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, y en este caso en concreto, lógicamente a excepción del período mínimo de cotización exigido¹⁰ (art. 181 LGSS).

4. REQUISITOS

A todos los posibles beneficiarios del subsidio por maternidad se les exige el cumplimiento de los siguientes requisitos¹¹ de carácter general para la modalidad contributiva del subsidio por maternidad:

- Estar afiliados y en alta o situación asimilada al alta.

⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Capítulo 3. La protección por maternidad y paternidad”, en, VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), op cit., p. 727.

¹⁰ *Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo, Riesgo durante la lactancia natural. Prestaciones*, op cit., pp. 6-8.

¹¹ Véase sobre todo el art. 178 LGSS en el que se indica que se deben reunir las condiciones generales exigidas en el art. 165.1 LGSS y las demás que reglamentariamente se establezcan. Y los supuestos de asimilación al alta que se contemplan en el art. 4 del RD 295/2009, de 6 de marzo.

- Tener cubierto un período mínimo de cotización:
 - Si en la fecha del parto o en la fecha correspondiente a la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción, o bien de la misma resolución judicial por la que se constituye la adopción, el trabajador tiene menos de 21 años no se exigirá un período mínimo de cotización.
 - Si el trabajador tiene 21 años pero es menor de 26 años en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento o, en su caso, de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, se le exige cumplir con los siguientes períodos mínimos de cotización: 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al inicio del descanso o, 180 días cotizados a lo largo de toda su vida laboral con anterioridad a esta última fecha a la que se acaba de aludir.
 - Cuando el trabajador tiene cumplidos 26 años de edad en la fecha de parto o en la fecha de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, o bien de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, deberá tener cubierto como período mínimo de cotización: 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso, o bien, 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral antes de esta misma fecha.

Tal y como se puede comprobar, asistimos a una sincronización del período mínimo de cotización con el incremento de la edad del trabajador, a excepción del primer tramo o primera franja de edad donde se le exime por completo de su cumplimiento. Sin embargo, hay que reconocer que el número de trabajadores menores de 21 años que acceden a esta prestación es bastante reducido. En cualquier caso, lo cierto es que se toma en consideración la dificultad real de cumplir con un determinado período mínimo de cotización a determinadas edades. Por tanto, salvo en el caso de los menores de 21 años que como se acaba de indicar no se les exige carencia alguna, en el resto de situaciones la regulación establece un periodo de carencia asequible dentro de un plazo de tiempo suficientemente amplio, y en el que, además, se prevé un sistema alternativo. La razón de todo ello se reside en el claro propósito de flexibilizar el cumplimiento de los requisitos como una medida tendente a facilitar el acceso al subsidio por maternidad, y en clara sintonía con la propia lógica de la finalidad de esta prestación, que no es otra que proteger tanto al beneficiario, como al neonato, al adoptado, al acogido o al que se encuentra en situación de guarda¹².

Por otro lado, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial¹³ hay que determinar el coeficiente de parcialidad, en otras palabras, se trata del porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y que se aplica sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial. El resultado que finalmente se obtenga será el número de días que se considerarán cotizados en cada período. Dicho lo cual, el período mínimo de cotización exigido para los trabajadores a tiempo parcial será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general, en función de la edad del beneficiario, de tal forma que podrá ser 90 ó 180 días en los últimos 7 años, o bien, 180 ó 360 días a lo largo de toda la vida laboral, el coeficiente global de parcialidad, que es el porcentaje que representa el número de días trabajados y cotizados sobre el montante total de días en alta en esos últimos 7 años o en su vida laboral.

¹² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Capítulo 3. La protección por maternidad y paternidad”, en, VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), op cit., p. 730.

¹³ Vid. Art. 247 LGSS sobre aplicación de las reglas a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar el derecho a la prestación por maternidad, entre otras.

En lo concerniente al supuesto de parto, la edad a tomar en cuenta será la que tenga cumplida la madre biológica en el mismo momento del inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto para acreditar el período mínimo de cotización correspondiente.

Otra cuestión de interés que conviene anotar, está vinculada con los supuestos de adopción internacional, donde la edad que se toma como referencia será la que tengan cumplida las personas interesadas en el momento de iniciar el descanso, con la posibilidad de disfrutar hasta un máximo de 4 semanas anteriores a la resolución por la que se procede a constituir la adopción. El momento de la resolución será tomado como referente para acreditar el período mínimo de cotización que en su caso corresponda.

Sin embargo, es una obviedad recordar que no es necesario cubrir un período mínimo de cotización para poder acceder al subsidio no contributivo por maternidad¹⁴.

5. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN

Otra cuestión que sugiere la temática que aquí se está abordando es la relativa a la cuantía de la prestación por maternidad. En cuanto al subsidio por maternidad lo que nos interesa destacar es que la prestación consiste en un subsidio (prestación económica temporal)¹⁵ equivalente al 100 % de la base reguladora correspondiente.

Nótese por otra parte, la posibilidad de conceder un subsidio especial por cada hijo, menor adoptado, menor acogido o menor en situación de guarda con fines de adopción, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto o al nacimiento por gestación subrogada, o en caso de adopción, de guarda con fines de adopción o bien acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de guarda o acogimiento o de la correspondiente resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Es preciso reseñar que en los supuestos de parto prematuro y en aquellos en los que el neonato debe permanecer hospitalizado después del parto, una vez que sea dado de alta hospitalaria se procederá a la reanudación del subsidio por maternidad y, despejando cualquier duda al respecto, se percibirá en la misma cuantía que se venía abonando antes de dicha interrupción, a excepción de que concurra alguno de los supuestos legalmente previstos que justifique la modificación de la base reguladora.

En lo concerniente al subsidio por maternidad en la modalidad no contributiva, en caso de parto, si la madre trabajadora cumple con todos los requisitos menos el período mínimo de cotización, la cuantía diaria de la prestación será igual al 100 % del IPREM vigente en cada momento, a menos que la base reguladora sea inferior, en cuyo caso se tomará ésta.

Por otro lado, es importante destacar que la base reguladora es la equivalente a la estipulada para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y se toma como referencia la fecha del inicio del período de descanso. La base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias comunes se calcula sobre las bases de cotización por contingencias comunes del mes natural anterior al de la fecha de inicio de la incapacidad temporal y serán calculadas en base a las reglas generales sobre cotización (art. 13.1 Decreto 1646/1972, de 23 de junio; art. 147 LGSS). La prestación por maternidad no opera de manera automática dado que requiere ser solicitada, y la base de cotización es la del mes anterior al inicio de la suspensión por maternidad, incluso cuando la prestación se solicite posteriormente.

Ha de tenerse en cuenta que no se establece la duración del subsidio, pero según lo estipulado en el art. 177 LGSS las situaciones protegidas a efectos de esta prestación, es decir, la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, lo son durante los períodos de descanso que por dichas situaciones se disfruten. Por consiguiente, cuando el período de descanso

¹⁴ *Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo, Riesgo durante la lactancia natural. Prestaciones*, op cit., pp. 8-9.

¹⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Capítulo 3. La protección por maternidad y paternidad", en, VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), op cit., pp. 731-732.

sea disfrutado por ambos cónyuges, de manera simultánea o sucesivamente, la prestación se determinará para cada uno de ellos a merced de su respectiva base reguladora.

Sin embargo, durante el disfrute de los períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora en estos casos se verá reducida en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral del beneficiario en concreto (art. 48.6 ET; art. 7.1 RD 295/2009).

No obstante, el subsidio podrá reconocerse por el Instituto Nacional de la Seguridad Social mediante resolución provisional y, en este caso, se tiene en cuenta la última base de cotización por contingencias comunes que conste en la base de datos del sistema de Seguridad Social, mientras no esté incorporada la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes inmediatamente anterior al del inicio del descanso o del permiso por maternidad. En cualquier caso, si posteriormente se comprueba, que la base de cotización por contingencias comunes del mes inmediatamente anterior al inicio del descanso o permiso por maternidad es diferente a la utilizada en la resolución provisional, se procederá a recalcular la prestación y seguidamente se emitirá la correspondiente resolución definitiva. En el caso de no apreciar ninguna variación al respecto, la resolución provisional devendrá definitiva, según lo previsto en la redacción actualmente vigente del art. 179 LGSS¹⁶.

En lo concerniente a los trabajadores a tiempo parcial, la base reguladora diaria para la prestación por maternidad 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 (art. 248.1.b) LGSS). Si la antigüedad en la empresa es menor, la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas por el número de días naturales a que éstas correspondan.

6. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN

A) Nacimiento

El derecho al subsidio por maternidad nace a partir del mismo día en que da comienzo el período de descanso establecido en el ET o en el EBEP, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.1 del RD 295/2009¹⁷.

Dicho lo cual, para ir concretando, en los supuestos de maternidad biológica, el derecho a percibir esta prestación se entenderá causado desde el mismo día del parto o bien de la fecha del inicio del período de descanso cuando éste es anterior.

Cuando la madre opta para que el otro progenitor disfrute de hasta un máximo de 10 semanas posteriores al parto, el derecho al subsidio y al período de descanso del otro progenitor será la fecha elegida por la madre al ejercitar la opción.

A tales efectos, en los casos de maternidad por gestación subrogada, se tomará como referencia la fecha del nacimiento del hijo. En esta situación concreta no sería aplicable el disfrute anticipado establecido, por ejemplo, para los casos de adopción¹⁸.

Mientras que, en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar, la fecha clave será la correspondiente a la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o, en su caso, a partir de la resolución administrativa o judicial sobre la guarda con fines de adopción o sobre acogimiento.

Si de lo que se trata es de una adopción internacional en la que resulta necesario el desplazamiento de los progenitores al país de origen del adoptado, en esta situación concreta, el

¹⁶ *Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo, Riesgo durante la lactancia natural. Prestaciones*, op cit., p. 10.

¹⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Capítulo 3. La protección por maternidad y paternidad", en, VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), op cit., p. 732.

¹⁸ Consulta núm. 29/2016, de 29 de diciembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. (<http://www.aranzadigital.es>)

subsidio por maternidad podrá iniciarse hasta un total de 4 semanas antes de la emisión de la resolución por la que finalmente se constituye dicho proceso de adopción¹⁹.

B) Duración

Si bien es cierto que la LGSS no establece expresamente la duración de esta prestación, se puede deducir que la duración será equivalente a los períodos de descanso que se disfruten de conformidad con lo estipulado en la redacción vigente de los arts. 48.4 y 5 ET, y 49.a) y b) EBEP²⁰.

Con carácter general la duración de este subsidio a nivel contributivo, en principio, es de 16 semanas ininterrumpidas. No obstante, existen diferentes reglas especiales que posibilitan una ampliación de la duración en los supuestos²¹ que se detallan a continuación:

- 2 semanas adicionales por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento familiar o nacimiento por gestación por sustitución múltiples.
- Se ampliará 2 semanas, en el caso de discapacidad del hijo, siempre que sea igual o superior al 33 %.
- En los casos de parto prematuro y en aquellos otros en los que el neonato precise hospitalización a continuación del parto, por un período superior a 7 días, la duración de la prestación se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas adicionales. A tales efectos, se tomarán en consideración los internamientos hospitalarios iniciados durante los 30 días naturales siguientes al parto.

En caso de parto múltiple no se podrán acumular los períodos de hospitalización de cada hijo cuando estos períodos hubieran sido simultáneos.

En estos supuestos, se podrá interrumpir el período de suspensión por maternidad una vez que haya sido completado el período de suspensión obligatoria para la madre de las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto. Se podrá reanudar a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, y dicho subsidio se percibirá en la misma cuantía en la que se venía abonando con anterioridad a la interrupción.

Si ambos beneficiarios trabajan, estos períodos podrán ser disfrutados simultáneamente o sucesivamente pero siempre de manera ininterrumpida. Cuando el disfrute de este subsidio sea compartido, se abonará a cada beneficiario durante la parte de los correspondientes períodos de descanso disfrutados. Si el período de descanso se disfruta por ambos progenitores, ya sea de manera simultánea o sucesiva, y uno de ellos decide reincorporarse a su puesto de trabajo antes del plazo máximo de duración, la parte que resta para completarlo se adicionará, como regla general y salvo en algunos supuestos especiales, a la duración del subsidio del otro beneficiario. Sea como fuere, dichos períodos podrán ser disfrutados en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, sin que ello suponga en modo alguno un incremento de la duración total ni de la suspensión ni, por supuesto, de la prestación²².

Desde el punto de vista del subsidio por maternidad en su modalidad no contributiva, en los que la madre trabajadora reúne todos los requisitos excepto el período mínimo de cotización, tiene derecho a la suspensión del contrato durante 16 semanas, pero, sin embargo, la duración de la

¹⁹ *Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo, Riesgo durante la lactancia natural. Prestaciones*, op cit., pp. 10-11.

²⁰ Conclusión que viene confirmada y avalada por el art. 8.2 del RD 295/2009.

²¹ *Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo, Riesgo durante la lactancia natural. Prestaciones*, op cit., pp. 11-12.

²² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Capítulo 3. La protección por maternidad y paternidad", en, VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), op cit., pp. 733-734.

prestación será tan sólo de 42 días naturales a contar desde el parto. En esta ocasión también se contempla una ampliación de 14 días naturales de la duración, en los supuestos de nacimiento de hijo en el seno de una familia numerosa o en la que con tal motivo se acaba de adquirir dicha condición. Esta misma ampliación será aplicable en los casos de parto múltiple, o cuando la madre o el hijo presenten una discapacidad en un grado igual o superior al 65 %, y también se prevé esta posibilidad para el modelo de familia monoparental. En todo caso, el incremento de la duración es único, sin que se pueda acumular cuando concurren 2 o más circunstancias de las anteriormente referenciadas²³. La propuesta que se puede extraer sobre este punto es optar por la equiparación en lo concerniente al grado de discapacidad exigido para ampliar 2 semanas más la duración de este subsidio, dado que a nivel contributivo el umbral que se fija como requisito es que la discapacidad del hijo sea igual o superior al 33 %, mientras que, para la modalidad no contributiva el porcentaje mínimo de discapacidad exigido no sólo se duplica sino que se exige que la madre o el hijo presenten una discapacidad igual o superior al 65 %. Por tanto, en mi opinión, en este caso sería deseable y razonable rebajar el porcentaje de discapacidad requerido y que pase del 65 al 33 %, optando claramente por la equiparación.

C) Extinción

La extinción del derecho a la prestación por maternidad se producirá por cualquiera de las siguientes causas (art. 8.12 del RD 295/2009, de 6 de marzo):

- Por el transcurso de los plazos máximos de duración de los correspondientes períodos de descanso.
- Cuando el beneficiario decide reincorporarse voluntariamente a su puesto de trabajo antes de la finalización del plazo máximo de duración, cuando el período de descanso se disfruta exclusivamente por uno de los progenitores (hay que tener en cuenta que, en los casos de parto, la madre nunca podrá renunciar a las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto).
- Cuando uno o ambos progenitores optan por la reincorporación voluntaria a sus puestos de trabajo antes de cumplir con los plazos máximos de duración, en los casos en los que el período de descanso se disfruta de manera sucesiva o simultáneamente por ambos progenitores. En estas situaciones, con carácter general, la parte que resta por completar los períodos de descanso se adicionará a la duración de este subsidio del otro beneficiario, salvo en algunos casos especiales (tal y como en el supuesto anterior, en los casos de parto la madre no puede renunciar al período de descanso obligatorio de las 6 semanas siguientes al parto)²⁴.
- Por fallecimiento del beneficiario, pero con la salvedad de que el otro progenitor pueda seguir disfrutando del período de descanso que reste, a merced de las condiciones legales y reglamentariamente instauradas.
- Cuando el beneficiario adquiere la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente, sin menoscabo de la posibilidad de disfrutar el período de descanso restante por el otro progenitor.
- Por no acreditar el período mínimo de cotización, cuando se ha dictado la resolución judicial o administrativa en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento internacional, si se hubiera reconocido el derecho a este subsidio en el inicio del período de descanso, y tomando en consideración las 4 semanas en las que se puede anticipar su disfrute. En consecuencia, no se considerarán indebidas las prestaciones percibidas hasta ese preciso momento.

²³ *Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo, Riesgo durante la lactancia natural. Prestaciones*, op cit., p. 15.

²⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Capítulo 3. La protección por maternidad y paternidad", en, VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), op cit., p. 734.

A colación de la cuestión aquí planteada, hay que tener en cuenta las reglas sobre pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad, contempladas en el art. 180 LGSS, en función de la cual este derecho puede ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario actúe fraudulentamente para obtener o conservar la prestación; cuando trabaje por cuenta ajena o propia durante los períodos de descanso, salvo si se trata de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial o bien en los casos de pluriempleo y pluriactividad; cuando no se aporta la resolución judicial o administrativa en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento internacional y hubiesen transcurrido las 4 semanas en las que se adelantó el disfrute de la prestación²⁵.

7. VENTAJAS A EFECTOS DE COTIZACIÓN DURANTE EL PERCIBO DEL SUBSIDIO POR MATERNIDAD

En el apartado cuarto del art. 144 LGSS, en los términos actualmente vigentes, se establece expresamente que durante el percibo de la prestación por maternidad se mantiene la obligación de cotización, y en la misma línea también aparece contemplado en el art. 13.2 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social. El propósito principal que puede extraerse de esta regla claramente va dirigida a favorecer el disfrute de esta prestación. Sin este planteamiento y dado que no se percibe salario durante la suspensión del contrato de trabajo, no tendría fácil encaje ante la posibilidad de plantearse la necesidad de mantener la actividad para prevenir las consecuencias nocivas que pueda originar una laguna de cotización²⁶.

Bajo tales coordenadas y con este designio, el período por maternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o bien se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período cotizado a los efectos de prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 165.6 LGSS).

Dicho lo cual, en lo referente a las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, en caso de parto se computará un total de 112 días de cotización por cada parto de un solo hijo, si el parto fuera múltiple se adicionarán 14 días más por cada hijo a partir del segundo, excepto que se hubiera cotizado durante la totalidad de las 16 semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple²⁷ (art. 235 LGSS).

IV. MATERNIDAD: CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y PROFESIONAL, IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y CORRESPONSABILIDAD

El tema de la conciliación de la vida familiar y laboral irrumpe en la agenda parlamentaria española en el año 1999 motivado principalmente por la necesidad de aprobar una Ley para adaptar la normativa europea. El desarrollo de las políticas europeas de conciliación se llevó a cabo por la vía de 3 directivas fundamentales: la primera fue la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; en base a la cual se obliga a los Estados miembros a disponer de un permiso mínimo de maternidad de 14 semanas, así como una serie de permisos retribuidos en caso de pruebas médicas o en el supuesto de realización de un trabajo en condiciones de riesgo para el embarazo. Pocos años después, se aprobó la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; en las que se reconocen excedencias para el

²⁵ *Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo, Riesgo durante la lactancia natural. Prestaciones*, op cit., pp. 15-16.

²⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Capítulo 3. La protección por maternidad y paternidad”, en, VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.), op cit., p. 735.

²⁷ *Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo, Riesgo durante la lactancia natural. Prestaciones*, op cit., p. 17.

cuidado de niños menores de ocho años, con una duración mínima de 3 meses, junto con el derecho a mantener el puesto de trabajo. En tercer lugar, la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES; a tenor de la cual se prohíben las desigualdades de condiciones y derechos de los empleos a tiempo parcial con respecto a tiempo completo. Y, posteriormente, la puesta en marcha de la Estrategia Europea de Empleo diseñada en la cumbre de Luxemburgo de 1997 que tuvo un papel determinante para reforzar las políticas de igualdad de oportunidades con el propósito de conciliar la vida familiar y el trabajo²⁸.

Bajo este prisma la Unión Europea impone regular este asunto ya presente en la agenda internacional desde 1995. Las instancias supranacionales entienden que hay que dar una solución al tema de la conciliación para que no suponga un escollo en la consecución de la igualdad, sobre todo en términos de incorporación plena al mercado²⁹.

Con este fin se aprobó la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Todo ello sin perjuicio de otras medidas que también se adoptaron en el transcurso de los años, entre las que hay que destacar la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de tinte transversal que incide en diversos terrenos y políticas públicas, con un cometido principal dirigido a fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de responsabilidades familiares y domésticas. En el clausulado de este texto legal se contempla la creación de un permiso exclusivo de 13 días para los padres, a los que se suman los 2 días por nacimiento de hijo que ya estaba previsto en el Estatuto de los Trabajadores³⁰.

En todo caso hay que poner de manifiesto las discordancias existentes entre la renovación de la institución familiar, objeto de importantes cambios estructurales, y las estrategias de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, partiendo del reconocimiento de la notoria influencia que esta dimensión muestra sobre la consecución real de la igualdad efectiva de mujeres y hombres. No obstante, como ya se ha mencionado con anterioridad, confluyen múltiples factores, de carácter demográfico, factores sociales, culturales, político-jurídicos, económicos, entre los que cabe destacar el envejecimiento de la población, el notable incremento de la necesidad de cuidado de personas en situación de dependencia, el descenso de la tasa de natalidad, la urgencia de rejuvenecer la sociedad, etcétera. Para conseguir estos objetivos es fundamental superar los retos que plantea la conciliación de la vida personal, familiar y profesional.

Retomando de nuevo otro instrumento normativo clave, al que ineludiblemente hay que volver a referenciar, y con ello me refiero a la ya mencionada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, con motivo de la cual se incide en el cumplimiento del art. 14 CE en el que se proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y el art. 9.2 también del texto constitucional en el que se consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas. Su propia exposición de motivos nos recuerda que la igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos y, además, es en sí misma un principio fundamental en la Unión Europea. Resulta primordial combatir cualquier tipo de manifestación de discriminación, directa o indirecta, y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los estereotipos sociales y obstáculos que impiden alcanzarla. Esta exigencia es a la vez un elemento de enriquecimiento de toda la sociedad. El aspecto más novedoso de esta Ley radica en la prevención de posibles conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. En cualquier caso, el logro de la igualdad real y efectiva en nuestro entorno social requiere no sólo del

²⁸ GUIRAO MIRÓN, C.: "Políticas de conciliación y políticas de igualdad. El caso español", *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 49, 2011, pp. 18 y ss.

²⁹ MARTÍN LLAGUNO, M. Y GUIRAO MIRÓN, C.: "El debate parlamentario sobre conciliación familiar y laboral en España: Análisis de una década de iniciativas", *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 19, 2012, pp. 71 y ss.

³⁰ CAMPILLO POZA, I.: "Desarrollo y crisis de las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en España (1997-2014). Un marco explicativo", *Investigaciones Feministas*, vol. 5, 2014, pp. 216 y ss.

compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción firme y decidida en el ámbito de las relaciones entre particulares. Lo cierto es que, aunque se han dado pasos importantes y decisivos todavía resultan insuficientes.

Otro aspecto que merece ser destacado es que con esta Ley Orgánica 3/2007 se encuadró los derechos de maternidad dentro del tratamiento de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entrelazando las dimensiones laborales y de Seguridad Social de la tutela protectora pública de la maternidad desde un enfoque integrador. De conformidad con el art. 44 de la Ley recién señalada, los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en aras a fomentar la asunción equilibrada de las responsabilidades de índole familiar, con el fin de evitar cualquier discriminación basada en su ejercicio³¹.

Al hilo de este planteamiento, una herramienta valiosa es sin duda la prestación por paternidad, que ya en la Ley Orgánica 3/2007, se inscribió como un instrumento al servicio de la aplicación efectiva del principio de igualdad por razón de género, con la intención de lograr una verdadera corresponsabilidad en orden a asumir los deberes vinculados al cuidado y protección de los hijos, facilitando la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. En la actualidad de nuestros días todo parece indicar que esta materia está transitando hacia una mayor centralidad para afianzar la corresponsabilidad como centro de gravedad del acervo de políticas legislativas con las que se pretende materializar la igualdad de género canalizada a través de una equilibrada distribución de las responsabilidades familiares en el marco de las políticas públicas de conciliación. En lo relativo al cuidado, el enfoque ha de ser neutral e indistinto con respecto al disfrute de permisos y prestaciones para fomentar y posibilitar la conciliación, la igualdad y la corresponsabilidad efectiva en el ciclo de la vida, que nos permita no solo avanzar sino erradicar por completo los estereotipos que a pesar del tiempo aún subsisten.

V. CONCLUSIONES FINALES

Tras el despliegue analítico acometido en las páginas precedentes, a continuación, plantearé algunas reflexiones conclusivas y propuestas sin necesidad de reiterar ideas ya expuestas y argumentadas.

Partiendo de la base de que nos encontramos ante un tema de gran relevancia social, como premisa básica hay que señalar, en primer lugar, el valor que tiene la maternidad desde todos los puntos de vista. En este sentido, no se puede cuestionar su inevitable proyección y repercusión en el conjunto de la sociedad de la que finalmente todos formamos parte, y es que trasciende por completo la esfera de lo estrictamente personal y, por tanto, no puede carecer de un merecido reconocimiento social que, al mismo tiempo, se materialice a través de la articulación de un haz de medidas dirigidas a ampliar y mejorar su protección. A tales efectos, ha de ser tomada en cuenta a la hora de diseñar y articular las diferentes estrategias y medidas dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, a través de las cuales se contribuye de manera eficaz a la consecución de un modelo social igualitario acorde con un verdadero Estado de Bienestar. Para ello sería conveniente superar la visión simplista y reduccionista del arcaico modelo de familia por las consecuencias negativas que conlleva y que, a día de hoy, lo cierto es que sigue contando con un fuerte arraigo social y condiciona de manera significativa el tan ansiado avance hacia una sociedad igualitaria. Con este propósito y superando antiguas reticencias interpretativas, hay que reforzar un planteamiento basado en la corresponsabilidad que coadyuve a la consolidación de un discurso asentado sobre los pilares de la igualdad y la equidad en todos los niveles.

Para ello es necesario atender de manera urgente y prioritaria las carencias existentes en los servicios públicos para la atención y el cuidado de la infancia, especialmente en la franja de edad de cero a tres años, procurando facilitar la crianza de los hijos para poder simultanearla con el desempeño de una actividad laboral, siendo aconsejable promover políticas para fomentar la natalidad.

³¹ MONEREO PÉREZ, J.L. Y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Capítulo II. La protección social de la maternidad: análisis jurídico-crítico de los instrumentos de tutela y acción protectora”, en, VV.AA., *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, MOYA AMADOR, R. (Dir.), Navarra, Aranzadi, 2016, pp. 425-426.

Por ello, convendría adoptar medidas que incentiven una mayor implicación del hombre en las tareas domésticas y en la labor de cuidados, a fin de corregir y superar la desigualdad existente con respecto a las mujeres y evitar de este modo una continua reproducción de pautas discriminatorias en base al género; erradicar los estereotipos que aún subsisten; fomentar políticas de empleo inclusivas y, en definitiva, asumir un mayor compromiso con la igualdad sin distinciones. A tales efectos, resulta patente la necesidad de que las políticas públicas combinen la conciliación y la igualdad como elementos estrechamente interconectados, y flexibilizar las condiciones de trabajo para acomodarlas a las necesidades de la ciudadanía, y reorganizar los tiempos y espacios de trabajo. Por tanto, ante un panorama que aún se presenta asimétrico, es necesario potenciar un modelo de familia en el que las dos personas son activas, y sin olvidar la necesidad de establecer unos cimientos realmente sólidos en aras a una corresponsabilidad real y efectiva que permita avanzar en la dirección correcta. No obstante, se valora muy positivamente el incremento de cuatro a cinco semanas del permiso de paternidad tras la aprobación y posterior publicación en el BOE de los Presupuestos Generales del Estado de 2018, que contribuye a la corresponsabilidad.

La conjunción armónica de todos estos elementos pone de manifiesto, una vez más, la importancia de abordar la maternidad desde un enfoque transversal, integrador y que atienda a la multiplicidad de aristas que despliega. En este sentido, también cobra un valor especial la garantía de su plena efectividad canalizada por la vía del endureciendo del control público sobre el cumplimiento de su aplicación en la práctica, en buena parte, para evitar que sea una mera proclamación de buenos principios que perpetúa una tímida puesta en marcha y pase a convertirse en una realidad tangible.

Por otro lado, desde mi más firme convicción, el juicio particular que me merece es que, más allá de la diversidad y heterogeneidad que arropan las múltiples situaciones existentes en la realidad social, y a las que se ha tenido ocasión de referenciar a lo largo de estas páginas, sea como fuere la protección del interés del menor no solo debe ocupar un lugar destacado sino también debe ser blindada como un límite infranqueable y, en cualquier caso, como una necesidad que ha de ser cubierta. Por tanto, sin perder su centralidad, este debe ser el criterio principal para guiar la toma de decisiones sobre esta materia, cuya observancia no debe admitir excepciones y, por consiguiente, en ningún caso debe quedar supeditada a ningún tipo de condicionamiento. En esta dirección, es todo un acierto optar por la ampliación del espectro protector de la prestación por maternidad, como ya se hizo en el pasado con la ampliación de las situaciones actualmente protegidas. Sin embargo, hoy por hoy existen y persisten situaciones que ciertamente presentan un encaje difuso como, por ejemplo, la maternidad por subrogación, pero en cualquier caso demandan una respuesta que vaya más allá de la dificultad de sus entresijos. Ciertamente, se percibe el factor de complejidad regulativa pero ya no solo se trata de una realidad social plenamente asentada y con una clara vocación de expansión, sino que requiere de medidas tendentes a servir de aliciente para dotar de efectividad al principio de protección del menor, que también en este caso tiene exactamente las mismas necesidades que en el resto de los supuestos legalmente previstos en nuestro ordenamiento jurídico y, por consiguiente, también deben ser cubiertas sin matices. Ante una realidad siempre cambiante, en la que la protección por maternidad se encuentra inmersa en un proceso de replanteamiento, no podemos esquivar la permanente demanda de nuevas medidas innovadoras y la readaptación de las ya existentes.

No me parece aventurado efectuar una última observación en relación directa con el objeto de esta exposición y es que, el fomento y la protección de la natalidad y con ella la maternidad no solo debe considerarse prioritaria de cara a la garantía del sistema de Seguridad Social, sino que es, a mi juicio, una necesidad social de primer orden y como tal debe ser atendida. Nuestro modelo de ordenación jurídica ha de reflejar una marcada orientación hacia la idea de realzar especialmente la dimensión social de la protección de la maternidad y en sintonía con el deber encomendado a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, según lo previsto expresamente en el propio art. 39 CE. Finalmente, y como cuestión de cierre, no me cabe la menor duda que, ahora más que nunca, hay que acentuar el compromiso de todos y en todos los niveles, para afianzar lo conseguido y lograr lo que aún nos queda pendiente.

CAPÍTULO V. LA PRESTACIÓN FAMILIAR CONTRIBUTIVA EN SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DE JORNADA (ART. 237.3 LGSS)¹

MARÍA ARETA MARTÍNEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

I. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA DENTRO DEL MARCO CONSTITUCIONAL (ART. 39 CE)

El art. 39.1 de la CE encomienda a los poderes públicos la tarea de asegurar “la protección social, económica y jurídica de la familia”. El mandato constitucional va dirigido a todos los poderes públicos, que adoptarán las oportunas medidas de política familiar dentro de su ámbito territorial de actuación (estatal, autonómico, local), de acuerdo con sus respectivas competencias y según la realidad circundante en cada época. No obstante, por ser la familia una institución natural y fundamental para la cohesión social², su cuidado corresponde no solo a los poderes públicos, sino también a las entidades del Tercer Sector de Acción Social, a los profesionales que trabajan en distintas esferas, a las propias familias y a la sociedad en su conjunto³.

El art. 39.1 de la CE se enmarca dentro de los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I), lo cual supone que la protección de la familia debe informar

¹ Principales abreviaturas utilizadas: CE (Constitución Española de 1978), ET (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), LGSS (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), y IJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social).

² Los textos internacionales conciben la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad”. En este sentido, vid., art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

³ En relación con el papel de la sociedad en la protección de la familia, el art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) es muy explícito al señalar que la familia “tiene derecho a la protección de la sociedad”.

Una muestra del protagonismo de la sociedad en la protección de la familia es la participación ciudadana en la tramitación de iniciativas que algunas Comunidades Autónomas promueven para aprobar Leyes o planes de protección integral de la familia. Las Leyes autonómicas de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana establecen y regulan las condiciones para que los ciudadanos participen, de forma individual o colectiva, mediante presentación de propuestas y sugerencias, tanto en la elaboración, modificación y revisión de anteproyectos de Ley que promueve el Gobierno autonómico correspondiente como en la planificación, elaboración, ejecución y evaluación de planes autonómicos de apoyo a la familia. En definitiva, la política de protección integral de la familia es un ámbito propio de participación ciudadana. Sobre el reconocimiento y ejercicio del derecho de participación ciudadana en políticas e iniciativas legislativas autonómicas, vid., por todas, Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de participación ciudadana de Andalucía (BO Junta Andalucía núm. 4, de 5 enero 2018); art. 42 y siguientes de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón (BO Aragón núm. 68, de 10 abril 2015); Ley 5/2010, de 21 de junio, canaria de fomento a la participación ciudadana (BO Islas Canarias núm. 127, de 30 junio 2010); art. 16 y siguientes de la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León (BO Castilla y León núm. 74, de 27 marzo 2015); Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana de Cataluña (DO Generalitat de Catalunya núm. 6715, de 26 septiembre 2015); Ley 7/2015, de 7 de agosto, de iniciativa legislativa popular y participación ciudadana en el Parlamento de Galicia (DO Galicia núm. 157, de 19 agosto 2015; Corr. Err., DO Galicia núm. 288, de 2 diciembre 2015); y art. 29 y siguientes de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BO Región Murcia núm. 290, de 18 diciembre 2014).

Otra muestra de la participación de la sociedad en la protección de la familia es el conjunto de iniciativas sociales que tienen por objeto apoyar a las familias, que incluso se canalizan a través de la constitución de agrupaciones y asociaciones.

“la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (art. 53.3 CE). La Carta Magna ordena la creación de un sistema público de protección familiar (política familiar) en tres niveles (social, económico y jurídico), pero no delimita totalmente el modelo de familia⁴, y tampoco define qué haya de entenderse por familia ni las acciones orientadas a protegerla. En definitiva, corresponde al legislador la difícil tarea de delimitar el concepto de familia y concretar las medidas más oportunas para garantizar su triple protección.

Como existen varias formas de convivencia familiar, el legislador no toma en cuenta un solo y único modelo de familia. Como las profundas transformaciones de la sociedad han dado lugar a una creciente diversificación de las estructuras familiares, el legislador ha ido modulando el concepto de familia de unas normas a otras. En definitiva, el Ordenamiento Jurídico no establece un concepto unívoco de familia, y en cada momento adopta aquel que considera más adecuado a la realidad vigente⁵. Con el paso del tiempo, las normas han ido ampliando el concepto jurídico de familia, porque al modelo tradicional han sumado otras realidades familiares que se han ido generalizando y aceptando en la sociedad.

En materia de conciliación de la vida familiar y laboral, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social muestra preferencia por un modelo de familia paterno-filial y de acogida. Muestra de ello es el sujeto que causa la mayoría de los derechos laborales de conciliación. En el ámbito de las relaciones laborales, el hijo menor (biológico o adoptivo), el menor acogido y el menor en régimen de guarda con fines de adopción causan por igual derecho a permisos retribuidos [arts. 37.3.f) y 37.4 ET], reducciones de jornada (arts. 37.6.párrafo 1º y 37.6.párrafo 2º ET), suspensiones del contrato de trabajo [arts. 45.1.d), 46.3.párrafo 1º, 48.4.párrafo 1º, 48.5.párrafo 1º, 48.7.párrafo 1º ET], y otra serie de derechos laborales de conciliación previstos legal o convencionalmente. En el ámbito de la Seguridad Social, el hijo menor, el menor acogido y el menor en régimen de guarda con fines de adopción causan por igual diversas prestaciones que con frecuencia traen su causa en el ejercicio de los derechos laborales de conciliación. Esta preferencia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por un modelo de familia paterno-filial responde al deber que tienen los poderes públicos de asegurar “la protección integral de los hijos” (art. 39.2 CE) y al derecho que tienen los niños de “gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales” (art. 39.4 ET)⁶.

Los derechos laborales de conciliación y las prestaciones de Seguridad Social que algunos de ellos llevan aparejadas, tienen una triple finalidad, a saber: 1ª) proteger el derecho de los trabajadores a compaginar su trabajo con el cuidado de su familia, y en particular con el cumplimiento de los

⁴ El art. 39.1 de la CE prevé la protección social, económica y jurídica de la familia, sin precisar un concreto modelo de convivencia familiar. No obstante, el art. 39.1 de la CE debe ponerse en relación con los arts. 39.2 y 39.3 de la CE, referidos a la protección de los niños y de las madres, y con el art. 39.4 de la CE, referido a la protección de la infancia. Aunque la CE protege a la familia, en su conjunto, sin delimitar al respecto un concreto modelo, prioriza la protección de familia paterno-filial, que es la integrada por los padres (padre y/o madre e hijos menores de edad), con independencia de la existencia o no de un vínculo jurídico entre los padres y, de haberlo, del tipo de vínculo que sea (matrimonial, pareja de hecho).

⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Protección de la familia: aspectos laborales y de Seguridad Social”, *Foro, Nueva Época*, núm. 9, 2009, p. 64, señala que “debe aplicarse en cada momento el concepto de familia que sea más adecuado a la realidad social vigente”.

⁶ Entre los acuerdos e instrumentos internacionales que protegen los derechos de los menores de edad, el Preámbulo de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 julio 2015), destaca los siguientes ratificados por España:

Dos Convenciones de Naciones Unidas: 1) la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y sus Protocolos facultativos; y 2) la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

Dos Convenios de Derecho Internacional Privado impulsados por la Conferencia de La Haya: 1) el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993; y 2) el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010.

Tres Convenios del Consejo de Europa: 1) el Convenio relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008; 2) el Convenio relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007; y 3) el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996.

deberes inherentes a la patria potestad (art. 154.1 Código Civil); 2ª) garantizar la protección de la familia y de la infancia; y 3ª) promover la corresponsabilidad en el cuidado de la familia, en estrecha relación con la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres⁷. Los derechos laborales de conciliación y sus correspondientes prestaciones de Seguridad Social forman parte del desarrollo del art. 39 de la CE, y la finalidad que tienen de proteger a la familia y a la infancia ha de “prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”⁸.

El estudio sobre la protección sociolaboral de la familia a nivel estatal y a través del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social exige realizar dos consideraciones previas:

- 1ª) El deber que tienen los poderes públicos de proteger a la familia no se articula únicamente a través de la acción protectora del sistema de Seguridad Social⁹, sino también a través de medidas adoptadas en otros ámbitos (sanidad, educación, fiscalidad, vivienda, Derecho civil, etc.).
- 2ª) El sistema de Seguridad Social protege a la familia no solo con las denominadas “prestaciones familiares”, en sus modalidades contributiva y no contributiva [art. 42.1.d) LGSS], sino también con otras prestaciones que igualmente forman parte de su acción protectora¹⁰.

II. LA PROTECCIÓN SOCIOLABORAL DE LA FAMILIA A TRAVÉS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social cuenta con diversas normas que desarrollan a nivel estatal el art. 39 de la CE y se enmarcan dentro de los objetivos y de las líneas de actuación del PIAF 2015-2017¹¹. Entre todas destacan las normas laborales que regulan los derechos para conciliar la vida familiar y profesional de los trabajadores¹², que con frecuencia discurren en paralelo con las que ordenan la acción protectora del sistema de Seguridad Social. El ejercicio de algunos derechos laborales de conciliación comporta situaciones de necesidad, por disminución o ausencia de

⁷ El ET promueve la corresponsabilidad en el cuidado de la familia al señalar expresamente que la titularidad de los derechos de conciliación es individual y corresponde por igual a todos los trabajadores, hombres y mujeres (arts. 37.4.párrafo 3º, 37.6.párrafo 4º y 46.3.párrafo 3º ET).

⁸ En este sentido, vid., SSTs, Sala Social, de 20 de julio de 2000 (RCUD núm. 37999/1999), 11 de diciembre de 2001 (RCUD núm. 1817/2001), 6 de abril de 2004 (RCUD núm. 4310/2002), 2 de noviembre de 2004 (RCUD núm. 4028/2003), 13 de junio de 2008 (RCUD núm. 897/2007), 18 de junio de 2008 (RCUD núm. 1625/2007), 21 de marzo de 2011 (RCO núm. 54/2010), 16 de noviembre de 2016 (RCUD núm. 3146/2014), 30 de noviembre de 2016 (RCUD núm. 3219/2015 y núm. 3183/2015), 22 de noviembre de 2017 (RCUD núm. 1504/2016), 29 de noviembre de 2017 (RCUD núm. 1430/2016), 14 de diciembre de 2017 (RCUD núm. 2066/2016 y núm. 2859/2016), 13 de marzo de 2018 (RCUD núm. 2059/2016) y 22 de marzo de 2018 (RCUD núm. 2770/2016).

⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Seguridad Social y protección familiar”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 59, 2005, p. 35, afirma que “La protección familiar otorgada por la Seguridad Social no es sino una parte de la política familiar”.

¹⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Protección de la familia: aspectos laborales y de Seguridad Social”, ob. cit., pp. 68-71, señala que el sistema de Seguridad Social protege a la familia de forma directa, a través de las denominadas “prestaciones familiares de la Seguridad Social” (contributivas y no contributivas), y de forma indirecta, a través de otras prestaciones (por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, muerte y supervivencia, etc.). En el mismo sentido, ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Régimen jurídico de las prestaciones familiares en España y su coordinación en el Reglamento CE 883/2004”, en VV.AA.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional* (Coords., GARRIDO PÉREZ, E. y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.), Murcia, Laborum, p. 441, señala que dentro del sistema de Seguridad Social hay prestaciones que, aunque no tengan la calificación de “prestaciones familiares”, inciden de alguna manera en la protección de la familia (por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, muerte y supervivencia, etc.).

¹¹ El 14 de mayo de 2015, el Gobierno de España aprobó el II Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017 (PIAF), que constituye el principal instrumento sobre el que se asienta el sistema público de protección familiar a nivel estatal.

¹² Este trabajo se centra en la protección sociolaboral de los trabajadores asalariados que ejercen los derechos laborales de conciliación, y en particular el derecho a la reducción de jornada por motivos familiares. No obstante, todos los trabajadores tienen derecho a conciliar su vida familiar con la profesional, independientemente de que sean asalariados, funcionarios [art. 14.j) Real Decreto Legislativo 5/2015], autónomos [art. 4.3.g) Ley 20/2007] o autónomos económicamente dependientes. Cuestión distinta es que el contenido, alcance y ejercicio de los derechos de conciliación difiera de unos trabajadores a otros.

retribución y cotización, que son atendidas por la Seguridad Social. Así, la expresión “sistema de protección sociolaboral” resulta más oportuna que “sistema de protección social y laboral (laboral y social)”, porque aquella muestra con más rigor que las dimensiones social y laboral de la acción protectora se interrelacionan. El adjetivo “sociolaboral” es una palabra compuesta que, construida a partir de la fusión de dos palabras simples (social, laboral), expresa con propiedad la interacción entre las facetas social y laboral de un mismo fenómeno. No se trata de una cuestión de economía lingüística ni de acortamiento del lenguaje, sino de utilizar el término que mejor identifica una realidad.

En materia de conciliación de la vida familiar y laboral, la expresión “sistema de protección sociolaboral” designa, a nivel estatal, el conjunto de los derechos laborales de conciliación, sus correspondientes prestaciones contributivas de Seguridad Social y las medidas laborales de estabilidad en el empleo que garantizan la protección de la familia y de la infancia al tiempo que permiten al trabajador compaginar el cuidado de su familia con el desarrollo de su carrera profesional.

La reducción de la jornada y la suspensión del contrato de trabajo por motivos familiares son derechos laborales de conciliación que ocasionan un perjuicio al trabajador asalariado, porque su ejercicio comporta una disminución o falta de salario y de cotización, e incluso en algunos casos un aumento de gastos. El sistema de Seguridad Social trata de proteger al trabajador asalariado que suspende su contrato o reduce su jornada laboral por motivos familiares mediante el reconocimiento de prestaciones contributivas. Estas prestaciones de Seguridad Social se aplican conjuntamente con medidas laborales que garantizan la estabilidad del trabajador en el empleo mientras tenga reducida su jornada o suspendido su contrato por motivos familiares; es ahí donde opera la protección sociolaboral en materia de conciliación de la vida familiar y laboral.

La acción protectora del sistema de Seguridad Social no siempre acompaña al trabajador que ejerce un derecho laboral de conciliación, de ahí que la protección sociolaboral no siempre exista en materia de conciliación de la vida familiar y laboral. El trabajador que ejerce un derecho laboral de conciliación no tiene acceso a la acción protectora del sistema de Seguridad Social en ninguno de los tres supuestos siguientes:

Primer supuesto sin cobertura de Seguridad Social. El trabajador asalariado ejerce un derecho laboral de conciliación, pero no reúne los requisitos generales o particulares para causar derecho a la correspondiente prestación de Seguridad Social:

- El trabajador asalariado que ejerce el derecho laboral de conciliación no reúne los requisitos generales de acceso a la prestación¹³ cuando el empresario incumple sus obligaciones de afiliación y/o alta (y consiguientemente de cotización). Nótese que el alta presunta o de pleno derecho no opera para las prestaciones de Seguridad Social vinculadas con el ejercicio de los derechos laborales de conciliación¹⁴. Por ejemplo, si el empresario ha incumplido sus obligaciones de afiliación y/o alta, el trabajador que reduce su jornada para cuidar de un menor a cargo con cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6.párrafo 3º ET) no tendrá derecho a ninguna de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, a saber: 1) la prestación económica (art. 190 y siguientes LGSS), que compensa la disminución del salario; ni 2) la prestación familiar contributiva (art. 237.3.párrafo 2º LGSS)¹⁵, que compensa la disminución de la cotización.

¹³ Para causar derecho a las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, las personas incluidas en su campo de aplicación deben estar afiliadas al sistema de Seguridad Social y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida (art. 165.1 LGSS).

¹⁴ El alta presunta o de pleno derecho opera para el acceso a las siguientes prestaciones (art. 166.4 LGSS): 1) prestaciones derivadas de contingencias profesionales, 2) prestación contributiva por desempleo, y 3) asistencia sanitaria por accidente no laboral, enfermedad común y maternidad biológica.

¹⁵ Afirma ARENAS VIRUEZ, M.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 78 y 79, que el alta presunta o de pleno derecho no juega a efectos de causar derecho a las

(...)

- El trabajador que ejerce el derecho laboral de conciliación tampoco accede a la correspondiente prestación de Seguridad Social cuando, estando afiliado y en alta, no reúne el requisito particular de carencia¹⁶.

Segundo supuesto sin cobertura de Seguridad Social. El trabajador asalariado ejerce un derecho laboral de conciliación que genera una situación de necesidad (por disminución o ausencia de salario y cotización) sin cobertura de la Seguridad Social. Por ejemplo, el derecho a la reducción de jornada por lactancia (art. 37.3 LGSS) no da acceso a ninguna prestación del sistema de Seguridad Social que compense la disminución del salario ni de la cotización.

Tercer supuesto sin cobertura de Seguridad Social. El trabajador asalariado ejerce un derecho laboral de conciliación que, al no generar ausencia ni disminución de salario y cotización, no da acceso a la acción protectora de la Seguridad Social. Quedan incluidos en este tercer supuesto, entre otros, los siguientes derechos laborales de conciliación¹⁷:

- El permiso retribuido por matrimonio del trabajador [art. 37.3.a) ET]: 15 días naturales.
- El permiso retribuido por nacimiento de hijo [art. 37.3.b) ET]: 2 días, o 4 días si el trabajador debe realizar un desplazamiento al efecto.
- El permiso retribuido por fallecimiento, accidente grave, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad [art. 37.3.b) ET]: 2 días, o 4 días si el trabajador debe realizar un desplazamiento al efecto.
- El permiso retribuido para que la trabajadora embarazada asista a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto [art. 37.3.f) ET]: por el tiempo indispensable.
- El permiso retribuido para realizar las actuaciones preceptivas que determinan la idoneidad del trabajador para adoptar a un menor, acogerlo o asumir su guarda con fines de adopción¹⁸ [art. 37.3.f) ET]: por el tiempo indispensable.
- El derecho al traslado de centro de trabajo por “reagrupación familiar” (art. 40.3 ET)¹⁹.

prestaciones familiares contributivas; todo ello sin perjuicio de la responsabilidad empresarial que derive del incumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad Social.

¹⁶ La carencia es requisito particular para causar derecho a determinadas prestaciones económicas contributivas del sistema de Seguridad Social vinculadas con el ejercicio de derechos laborales de conciliación. Concretamente, la carencia es requisito particular para acceder, entre otras, a las siguientes prestaciones económicas contributivas: 1) el subsidio de maternidad (art. 178.1 LGSS y art. 5 Real Decreto 295/2009), que está vinculado con el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad (art. 48.4 ET); 2) el subsidio de paternidad (art. 184 LGSS y art. 23.1 Real Decreto 295/2009), que está vinculado con el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por paternidad (art. 48.7 ET); o 3) la prestación económica por cuidado de menores a cargo afectados por cáncer u otra enfermedad grave [arts. 191 y 178.1 LGSS y art. 5 Real Decreto 1148/2011], que está vinculada con el derecho a la reducción de jornada por cuidado de menores a cargo afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6.párrafo 3º ET).

¹⁷ El art. 37.3 del ET reconoce varios permisos retribuidos con la principal finalidad de que el trabajador pueda conciliar su vida laboral con la familiar. Se trata de los permisos recogidos en las letras a), b) y f) del art. 37.3 del ET. Al respecto, vid., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos por razones familiares en el artículo 37.3 ET”, *Revista del Ministerio de Empleo y Asuntos Sociales*, núm. 133, 2017, pp. 139-183.

¹⁸ A efectos de adopción, el art. 176.3.párrafo 1º del Código Civil define la idoneidad como “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”. El art. 176.3.párrafo 2º del Código Civil añade que la declaración de idoneidad se formaliza mediante resolución de la Entidad Pública y requiere previamente “una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias”. El art. 37.3.f) del ET reconoce al trabajador asalariado un permiso retribuido para asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación previa y para realizar los preceptivos informes psicológicos y sociales que preceden a la referida declaración de idoneidad. El procedimiento es similar si la declaración de idoneidad es a efectos de acogimiento o de guarda legal con fines de adopción.

¹⁹ Cuando ambos cónyuges trabajan para la misma empresa y en el mismo centro de trabajo, el traslado de uno de ellos, por decisión de la empresa (*ius variandi*), genera el derecho del otro “al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo”. El traslado no comporta una disminución de salario ni de cotización, aunque sí un gasto que compensa la (...)

- El derecho a disfrutar de las vacaciones fuera de las fechas fijadas por el calendario de vacaciones de la empresa cuando coincidan con un periodo de (art. 38.3.párrafo 2º ET): 1) incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, o 2) suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.
- El derecho a tener prioridad de permanencia en la empresa en caso de traslado colectivo (art. 40.7 ET) y despido colectivo (art. 51.5 ET); es preciso que este derecho sea reconocido por convenio colectivo o mediante acuerdo alcanzado en periodo de consultas²⁰.
- El derecho a adaptar la duración²¹ y distribución de la jornada de trabajo (art. 34.8 ET). El trabajador ejercerá este derecho en los términos previstos en la negociación colectiva o en virtud del acuerdo adoptado con su empresa²².

Llegados a esta punto conviene no confundir “derechos laborales de conciliación” con “medidas laborales de conciliación”, que es una expresión con un contenido mucho más amplio. La “medidas de conciliación” engloban no solo derechos, sino también otras fórmulas que permiten al trabajador compaginar su vida familiar con la profesional. En este sentido, el trabajo a distancia o teletrabajo es una medida de conciliación, pero *stricto sensu* no se configura como un derecho laboral de conciliación. El art. 13 del ET no reconoce el derecho al teletrabajo, sino que el trabajador tendrá que acordar por escrito con su empresa que la prestación de servicios se lleve a cabo fuera del centro de trabajo, ya sea en el domicilio u otro lugar libremente elegido por él²³. Llama la atención que el art. 13 del ET no haga ninguna mención a la finalidad conciliadora del trabajo a distancia²⁴.

empresa. El cónyuge trasladado por decisión de la empresa percibirá una compensación por gastos, que comprenderá tanto los propios como los de los familiares a su cargo, “en los términos que convengan las partes, y nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos” (art. 40.1.párrafo 3º ET).

²⁰ La remisión que los arts. 40.7 y 51.5 del ET hacen a la negociación colectiva para pactar la prioridad de permanencia en la empresa de trabajadores con responsabilidades familiares “puede dejar en el aire la efectividad de la previsión legal”. En este sentido, CASTRO ARGÜELLES, Mª A.: “La conciliación de la vida personal, familiar y laboral como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 133, 2017, p. 22.

²¹ Si la adaptación de la duración de la jornada consiste en reducirla, entonces se produce una disminución proporcional de salario y cotización. Nótese que la acción protectora del sistema de Seguridad Social no alcanza a la reducción de jornada que encuentra su fundamento legal en el art. 34.8 del ET.

²² El trabajador tiene derecho a adaptar la duración y distribución de su jornada de trabajo, pero para fijar la nueva duración y la nueva distribución de la jornada debe estar a lo dispuesto en la negociación colectiva o al acuerdo adoptado con el empresario. El derecho laboral de conciliación que recoge el art. 34.8 del ET puede quedar en el aire y vacío de contenido si la negociación colectiva no prevé los términos para ejercerlo o si el trabajador no alcanza un acuerdo al respecto con su empresa. A falta de previsión en convenio colectivo, el trabajador tendría que acordar con su empresa el ejercicio del derecho laboral de conciliación. Si no fuera posible alcanzar el acuerdo individual, el empresario tendría que alegar una causa justificada como, por ejemplo, que “no puede encontrar un sustituto durante el preaviso o tratando de argumentar que una parte importante de la plantilla está solicitando el mismo derecho o que la función que desempeña el trabajador posee una importancia estratégica. En este sentido, vid., CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 133, 2017, p. 131; y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Conciliación de la vida familiar y laboral”, en VV.AA.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Toma Sala Franco* (Coord., GOERLICH PESET, J.Mª), Valencia, Tirant lo blanch, 2016, p. 702.

²³ Sobre el teletrabajo como medida laboral de conciliación, vid., CERVILLA GARZÓN, Mª J.: “El fomento de la conciliación de la vida familiar y laboral a través del teletrabajo parcial: ¿opción u obligación?”, en VV.AA.: *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica* (Coord., MELLA MÉNDEZ, L.), Madrid, Delta Publicaciones Universitarias, 2015, pp. 521-538.

²⁴ En este sentido, vid., MELLA MÉNDEZ, L.: “El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación laboral”, *Iuslabor*, núm. 2, 2017, p. 2.

III. LA PROTECCIÓN SOCIOLABORAL EN SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES

1. INTRODUCCIÓN

El trabajador asalariado tiene derecho a reducir su jornada laboral para cuidar de la familia. La reducción de jornada lo es con disminución proporcional del salario y de la cotización. El trabajador pierde poder adquisitivo porque su salario se reduce en igual proporción que su jornada laboral. Además, como la cotización se calcula en función del salario, el trabajador verá disminuida la cuantía de sus bases de cotización durante el periodo de reducción de jornada, con el consiguiente perjuicio para el cálculo de futuras prestaciones económicas contributivas. El sistema de Seguridad Social trata de compensar el doble perjuicio que origina la reducción de jornada. La disminución salarial se compensa con prestaciones económicas contributivas, y la de cotización con el incremento ficticio de la cuantía de las bases de cotización. Con todo, el sistema de Seguridad Social se centra más en compensar la disminución de la cotización que la del salario. Cuando el trabajador reduce su jornada por motivos familiares, el reconocimiento de prestaciones económicas contributivas es puntual y muy excepcional, siendo el incremento ficticio de las cotizaciones la principal (y casi exclusiva) medida protectora de Seguridad Social.

En supuestos de reducción de jornada por motivos familiares, el incremento ficticio de las cotizaciones se articula a través de la denominada prestación familiar contributiva (art. 237.3 LGSS), aunque existe alguna excepción (art. 270.6.párrafo 1º LGSS). La finalidad de la prestación familiar contributiva es conseguir que “la reducción de jornada afecte lo menos posible a los derechos del trabajador en materia de Seguridad Social”²⁵, y para ello sus cotizaciones se incrementan durante la primera parte del periodo de reducción de jornada (art. 237.3.párrafo 1º LGSS, en relación con art. 37.6.párrafos 1º y 2º ET) o durante todo el periodo de reducción de jornada (art. 237.3.párrafo 2º LGSS, en relación con art. 37.6.párrafo 3º ET).

Más allá de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, el Derecho del Trabajo y el Derecho procesal laboral también protegen al trabajador asalariado que reduce su jornada laboral por motivos familiares, y lo hacen en los términos siguientes:

- El Derecho del Trabajo garantiza la estabilidad en el empleo del trabajador con jornada reducida²⁶ a través de diversas fórmulas. El ET recoge las siguientes: 1) es nulo el despido disciplinario y el despido objetivo de un trabajador que haya solicitado o está disfrutando la reducción de jornada por motivos familiares [art. 55.5.párrafo 2º.b) ET]; y 2) si el trabajador accede a cualquiera de las indemnizaciones previstas en el ET, su cuantía se calculará con el salario que hubiera correspondido sin tomar en cuenta la reducción de jornada por motivos familiares (disposición adicional 19ª ET).
- El Derecho procesal laboral garantiza la tutela judicial del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares como derecho laboral de conciliación que es. En este sentido, la jurisdicción social es la competente para resolver las discrepancias que puedan surgir entre empresario y trabajador asalariado sobre concreción horaria y determinación de los periodos de disfrute de la reducción de jornada por motivos familiares. Las demandas se tramitan a través de la modalidad procesal especial del art.

²⁵ En este sentido, vid., SSTSJ de Cataluña, Sala Social, de 3 de diciembre de 2009 (Recurso de suplicación núm. 8078/2008), 14 de mayo de 2010 (Recurso de suplicación núm. 4005/2009) y 3 de noviembre de 2014 (Recurso de suplicación núm. 4038/2014); y STSJ del País Vasco, Sala Social, de 30 de noviembre de 2010 (Recurso de suplicación núm. 2406/2010).

²⁶ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 32, afirma que “el Derecho del Trabajo debe incluir fórmulas que permitan a los trabajadores compatibilizar la atención de determinados intereses familiares con su desarrollo profesional, sin que ello suponga un peligro para la estabilidad en el empleo”.

139 de la LJS (art. 37.6.párrafo 2º y disposición adicional 18ª ET), que tiene carácter preferente²⁷ y urgente²⁸.

Llegados a este punto conviene subrayar que la protección sociolaboral no es la misma para todos los trabajadores que reducen su jornada por motivos familiares. Cabe diferenciar tres niveles de protección sociolaboral en función del motivo familiar que justifica la reducción de jornada, a saber:

- Primer nivel: protección máxima. Compensa la reducción de salario y cotización y garantiza la estabilidad en el empleo.
- Segundo nivel: protección media. Compensa la reducción de cotización, no así la de salario, y garantiza la estabilidad en el empleo.
- Tercer nivel: protección mínima. Garantiza la estabilidad en el empleo, pero no compensa el perjuicio económico que el trabajador sufre por la disminución de salario y cotización.

2. PRIMER NIVEL: PROTECCIÓN MÁXIMA

El nivel máximo de protección sociolaboral compensa la disminución de la renta salarial y de la cotización, y también garantiza la estabilidad en el empleo durante todo el periodo de reducción de jornada. Este primer nivel alcanza únicamente a la reducción de jornada por cuidado de un menor a cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6.párrafo 3º ET)²⁹.

La protección sociolaboral del trabajador que reduce su jornada para cuidar de un menor a cargo con cáncer u otra enfermedad grave incluye las siguientes medidas:

- 1ª) La prestación económica contributiva [arts. 42.1.c), 190 a 192 y concordantes LGSS], que compensa la disminución salarial³⁰.
- 2ª) La prestación familiar contributiva (art. 237.3.párrafo 2º LGSS), que compensa la disminución de la cotización. Durante todo el periodo de reducción de jornada, la cuantía de las bases de cotización del trabajador, correspondiente a las horas trabajadas, se incrementará hasta el 100 % de la que hubiera correspondido de no haber reducido su jornada. Este incremento ficticio de las cotizaciones se hará efectivo en un futuro para calcular las siguientes prestaciones contributivas a las que pudiera tener acceso el trabajador: 1) jubilación, 2) incapacidad permanente, 3) incapacidad temporal, 4)

²⁷ Las demandas en materia de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral tienen preferencia sobre otros asuntos, aunque la preferencia no es absoluta. La preferencia de las modalidades procesales especiales de despido colectivo (art. 124.8 LJS) y de conflicto colectivo (art. 159 LJS) parece mayor; la modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas tiene preferencia absoluta sobre el resto (art. 179.1 LJS).

²⁸ La urgencia que caracteriza el proceso sobre derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se refleja en: 1º) la ausencia del requisito de conciliación extrajudicial (art. 64.1 LJS); 2) el acto del juicio habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda [art. 139.1.b) LJS]; 3º) la sentencia se dictará en el plazo de tres días [art. 139.1.b) LJS]; y 4º) la sentencia no será recurrible en suplicación, salvo que en la demanda se hubiera acumulado una acción de daños y perjuicios, [art. 139.1.a).párrafo 2º LJS], en cuyo caso el fallo sobre la medida de conciliación será ejecutivo y el fallo en materia de daños y perjuicios podría recurrirse en suplicación si su cuantía lo permite [arts. 139.1.b) y 191.2.f) LJS].

²⁹ El trabajador asalariado (hombre o mujer) que sea progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente de un menor afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave de las previstas en el Anexo del Real Decreto 1148/2011 tiene derecho a reducir su jornada laboral cuando la enfermedad del menor implique un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente. La reducción de jornada será, al menos, de un 50 %, y sin límite máximo. El periodo de reducción de jornada podrá abarcar el tiempo que dure la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, y como máximo hasta que el menor cumpla 18 años de edad.

³⁰ El Preámbulo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (BOE núm. 182, de 30 julio 2011), señala que la finalidad de la prestación es “compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios”. Para un estudio sistemático de la prestación económica, vid., GÁLVEZ CALLEJÓN, J.: *La protección económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 99-102

muerte y supervivencia, 5) maternidad, 6) paternidad, 7) riesgo durante el embarazo, y 8) riesgo durante la lactancia natural.

- 3ª) El incremento ficticio de las bases de cotización a efectos del cálculo de la base reguladora de la prestación contributiva por desempleo (art. 270.6.párrafo 1º LGSS). Este incremento ficticio de cotizaciones, al igual del que tiene lugar a través de la prestación familiar contributiva (art. 237.3.párrafo 2º LGSS), también compensa la disminución de la cotización que lleva aparejada la reducción de jornada. Concretamente, si durante los 180 días inmediatamente anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento que cesó la obligación de cotizar, el trabajador ha tenido reducida su jornada, la base reguladora de la prestación por desempleo se calculará incrementando la cuantía de las bases de cotización hasta el 100 % de la que hubiera correspondido caso de no haber reducido jornada.
- 4ª) Las cuantías máxima y mínima de la prestación contributiva por desempleo se fijarán tomando la jornada previa a la reducción. Si durante el periodo de reducción de jornada el trabajador pasa a situación legal de desempleo, las cuantías máxima y mínima de la prestación por desempleo a la que pueda tener derecho se determinarán teniendo en cuenta el IPREM en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada (art. 270.6.párrafo 2º LGSS).
- 5ª) Si el trabajador con jornada reducida recibe alguna de las indemnizaciones previstas en el ET, su cuantía se calculará tomando como salario el que hubiera correspondido antes de reducir la jornada, y siempre que no haya transcurrido el plazo máximo legamente establecido para dicha reducción (disposición adicional 19ª ET).
- 6ª) Es nulo el despido disciplinario y el despido objetivo del trabajador que ha solicitado o tiene la jornada reducida, salvo que el empresario acredite que la causa del despido es ajena al ejercicio del derecho laboral de conciliación [art. 55.5.párrafo 2º.b) ET].

Conviene realizar varias consideraciones sobre la protección que el sistema de Seguridad Social dispensa al trabajador que reduce su jornada para cuidar de un menor a cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

Primera consideración. Llama la atención que el incremento ficticio de las bases de cotización, a efectos del cálculo de la prestación contributiva por desempleo (art. 270.6.párrafo 1º LGSS), no tenga la consideración de prestación familiar contributiva (art. 237.3.párrafo 2º LGSS), máxime cuando esta también consiste en incrementar la cuantía de las bases de cotización a efectos del cálculo de otras prestaciones económicas contributivas. También llama la atención que el legislador no atribuya expresamente el carácter de prestación al incremento ficticio de bases de cotización a efectos del cálculo de la prestación contributiva por desempleo [art. 42.1.d) LGSS]. Todavía llama más la atención que el legislador tampoco haya incluido expresamente el referido incremento ficticio de las cotizaciones como parte del nivel contributivo de la protección desempleo, junto a la prestación económica [art. 265.1.a).1º LGSS] y el abono de la cotización correspondiente a la empresa [art. 265.1.a).2º LGSS]. En aras de la seguridad jurídica sería adecuado incluir expresamente dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social el referido incremento ficticio de bases de cotización (art. 270.6.párrafo 1º LGSS).

Segunda consideración. La necesidad que tiene un trabajador de dedicar tiempo al cuidado de un menor a cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave da derecho a la reducción de la jornada y esta, a su vez, acceso a dos prestaciones del sistema de Seguridad Social³¹: 1) la prestación económica correspondiente y 2) el incremento ficticio de sus bases de cotizaciones a efectos de las prestaciones señaladas en el art. 237.3.párrafo 2º de la LGSS. Ambas prestaciones son de naturaleza contributiva y derivan del mismo hecho causante, pero solo la segunda (incremento ficticio de

³¹ No se incluye aquí como prestación del sistema de Seguridad Social el incremento de las bases de cotización a efectos de la prestación contributiva por desempleo (art. 270.6.párrafo 1º LGSS) porque la LGSS no lo considera expresamente una prestación.

cotizaciones) tiene la consideración legal de prestación familiar. Llegados a este punto conviene analizar por qué la prestación económica por cuidado de un menor a cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave no forma parte de las denominadas prestaciones familiares contributivas o, cuando menos, del Capítulo de la LGSS sobre “protección a la familia”³².

Las prestaciones familiares contributivas se reconocen no solo en determinados supuestos de reducción de jornada (art. 237.3 LGSS), sino también de suspensión del contrato de trabajo (arts. 237.1 y 237.2 LGSS). En el primer caso compensan la disminución de la cotización, que es proporcional a la de la jornada/salario, y en el segundo la falta de cotización por cese temporal en el abono del salario/cotización. Las prestaciones familiares contributivas del art. 237 de la LGSS comparten varios aspectos que llevan a diferenciarlas de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, a saber: 1º) compensan la disminución o falta de cotización, no del salario; 2º) no son de naturaleza económica *stricto sensu*³³, sino que consisten en un incremento ficticio de las cotizaciones; 3º) los requisitos de acceso son los generales de afiliación y alta, no siendo exigible carencia alguna³⁴; 4º) no se hacen efectivas inmediatamente, en el momento del hecho causante (inicio de la suspensión de contrato de trabajo o de la reducción de jornada) y durante el tiempo en que persiste la situación protegida, sino posteriormente, cuando el trabajador accede a una prestación económica contributiva; y 5º) repercuten positivamente en el acceso y/o cálculo de futuras prestaciones económicas contributivas, es decir, no se agotan en sí mismas. Las razones expuestas pueden justificar que la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave no tenga la consideración de prestación familiar contributiva.

Tercera consideración. El acceso a la prestación económica por cuidado de menores a cargo con cáncer u otra enfermedad grave exige acreditar, además de los requisitos generales de afiliación y alta (art. 165.1 LGSS y art. 4.1.párrafo 1º Real Decreto 1148/2011), un periodo de carencia, que es el mismo que para la prestación de maternidad 191.1 LGSS); dicho de otro modo: el trabajador asalariado que tenga más de 20 años de edad y reduzca su jornada debe acreditar un periodo de carencia (art. 178.1 LGSS y art. 5 Real Decreto 1148/2011)³⁵. Puede ocurrir que un trabajador tenga derecho al incremento ficticio de sus bases de cotización (prestación familiar contributiva), para el que no se exige carencia previa, y, sin embargo, no acceda a la prestación económica, por no acreditar la carencia necesaria. La denegación de la prestación económica, por falta de carencia, puede desincentivar el ejercicio del derecho a la reducción de jornada. Tal vez sea oportuno valorar si es factible incorporar a la acción protectora del sistema de Seguridad Social un subsidio asistencial (no contributivo) para proteger a los trabajadores que, por falta de carencia, no tienen acceso a la prestación económica contributiva por cuidado de un menor afectado por cáncer u otra enfermedad

³² LUJÁN ALCARAZ, J.: “Prestaciones familiares en su modalidad contributiva”, en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social, Tomo II* (dirs. MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), Murcia, Laborum, 2017, p. 179, critica que la LGSS haya encuadrado la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave fuera del Capítulo titulado “Protección a la familia” (Capítulo XV, Título II).

³³ El contenido de las prestaciones familiares contributivas no es económico, de modo que no cabe aplicar las reglas sobre financiación de las prestaciones económicas contributivas (art. 109 LGSS). BARRIOS BAUDOR, G.L. y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 41, declaran que el incremento ficticio de las cotizaciones “deberá ser compensado por el Estado a través de sus aportaciones al presupuesto de la Seguridad Social”.

³⁴ El trabajador asalariado que solicita el ejercicio de los derechos a la suspensión del contrato de trabajo y a la reducción de jornada por motivos familiares se encuentra trabajando y, por tanto, afiliado y de alta.

³⁵ En relación con el periodo de carencia necesario para causar derecho a la prestación económica por cuidado de un menor a cargo afectado por cáncer o enfermedad grave, cabe diferenciar tres situaciones en función de la edad que tenga el trabajador al iniciar la reducción de jornada: 1º) el trabajador tiene menos de 21 años de edad: no se exige carencia; 2º) el trabajador tiene entre 21 y 25 años de edad: la carencia exigida es de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la reducción de jornada, o alternativamente de 180 días cotizados a lo largo de la vida laboral; y 3º) el trabajador tiene cumplidos 26 años de edad: la carencia exigida es de 180 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la reducción de jornada, o alternativamente de 360 días cotizados a lo largo de la vida laboral.

grave. Este subsidio podría ser similar al que ya existe para los casos de maternidad biológica (arts. 181 y 182 LGSS y arts. 15-21 Real Decreto 295/2009).

Cuarta consideración. El periodo de reducción de jornada para el cuidado directo de un menor a cargo con cáncer u otra enfermedad grave puede llegar a ser muy amplio, porque se prolonga durante toda la minoría de edad del sujeto causante (art. 37.6.párrafo 3º ET). Además el porcentaje en que se reduce la jornada también es muy amplio, porque debe ser, al menos, de un 50 %, y no existe límite máximo (art. 37.6.párrafo 3º ET). Así, la reducción de jornada por cuidado de un menor con cáncer u otra enfermedad grave comporta un perjuicio económico muy grande para el trabajador. La acción protectora del sistema de Seguridad Social cubre satisfactoriamente la reducción de la renta salarial y de las cotizaciones a través, respectivamente, de la prestación económica, caso de tener acceso a ella, y de la prestación familiar contributiva, porque: 1º) la duración de ambas prestaciones es la misma que la del periodo de reducción de jornada (art. 237.3.párrafo 2º LGSS y art. 7.1.párrafo 2º Real Decreto 1148/2011); 2º) la cuantía de la prestación económica equivale al 100 % de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales (art. 192.1 LGSS y art. 6.1.párrafo 1º Real Decreto 1148/2011), de modo que casi compensa totalmente la disminución salarial; y 3º) la cuantía de las bases de cotización se incrementará hasta alcanzar el 100 % de la que hubiera correspondido al trabajador sin la reducción de jornada (art. 237.3.párrafo 2º LGSS), de modo que compensa íntegramente la disminución de la cotización.

Quinta consideración. A diferencia de otros supuestos de reducción de jornada por motivos familiares, el perjuicio económico en este caso no viene determinado únicamente por la disminución de las rentas salariales y de cotizaciones, que es muy significativa (50 % mínimo), sino también por el aumento de gastos a los que tiene que hacer frente el trabajador que tiene a cargo un menor gravemente enfermo (gastos sanitarios, de desplazamientos, de alojamiento, etc.); nótese que el sistema de Seguridad Social no atiende este exceso de gastos.

Sexta y última consideración. Según datos del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, la incidencia práctica de la reducción de jornada para cuidar de un menor a cargo con cáncer u otra enfermedad grave es la siguiente: 1) en 2017 se iniciaron un total de 2.642 nuevos procesos, y 2) al finalizar 2017, el número de procesos vigentes (sin finalizar) alcanzó la cifra de 4.263, lo cual significa que muchos trabajadores iniciaron la reducción de jornada en 2016 y continuaron con la jornada reducida durante 2017. La duración media de la reducción de jornada es de 383,41 días. En definitiva, los trabajadores que reducen su jornada y salario en más de un 50 % para atender a un menor a cargo gravemente enfermo lo hacen durante más de 1 año. Nótese que cada vez es más frecuente que trabajadores con más de 50 años de edad tengan a cargo hijos menores. Por ello, no sería extraño encontrar un trabajador que, dentro de los 15 años anteriores a la edad ordinaria de jubilación, haya tenido reducidos su jornada, salario y cotización más del 50 % y durante más de un año para cuidar de un menor a cargo gravemente enfermo. Esta situación produciría un gran perjuicio al trabajador a efectos del cálculo de su pensión de jubilación si no fuera por la prestación familiar contributiva, que permite incrementar la cuantía de sus bases de cotización, durante todo el periodo de reducción de jornada, hasta alcanzar el 100 % de la que hubiera correspondido de no haber reducido. Este ejemplo pone de manifiesto que el sistema de Seguridad Social puede proteger a los trabajadores de manera muy significativa no solo a través del pago de prestaciones económicas, sino también por medio del incremento ficticio de sus bases de cotización. En definitiva, la incidencia práctica de la prestación familiar contributiva puede ser relevante en determinadas situaciones.

3. SEGUNDO NIVEL: PROTECCIÓN MEDIA

El nivel medio de protección sociolaboral compensa la reducción de la cotización, no así la de salario, y garantiza la estabilidad en el empleo. Este segundo nivel alcanza a los siguientes supuestos:

- La reducción de jornada por guarda legal de un menor (art. 37.6.párrafo 1º ET)³⁶.
- La reducción de jornada por guarda legal de una persona con discapacidad (art. 37.6.párrafo 1º ET)³⁷.
- La reducción de jornada por cuidado directo de un familiar (art. 37.6.párrafo 2º ET)³⁸.
- La reducción de jornada por hospitalización de un hijo recién nacido (art. 37.5 ET)³⁹.

El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social protege el ejercicio de los referidos derechos laborales de conciliación con las siguientes medidas sociolaborales:

- 1ª) La prestación familiar contributiva (art. 237.3.párrafo 1º LGSS), que compensa la disminución de la cotización. La cuantía de las bases de cotización del trabajador, correspondiente a las horas trabajadas, se incrementará en hasta el 100 % de la que hubiera correspondido de no haber reducido su jornada. Este incremento de las cotizaciones se tomará en cuenta para calcular en un futuro las siguientes prestaciones contributivas a las que pudiera tener acceso el trabajador⁴⁰: 1) jubilación, 2) incapacidad permanente, 3) muerte y supervivencia, 4) maternidad, y 5) paternidad. La prestación familiar contributiva se reconoce en todos los supuestos indicados más arriba, salvo en caso de reducción de jornada por hospitalización de hijo recién nacido (art. 37.5 ET). La prestación familiar contributiva está sujeta a un límite temporal máximo de 2 años, para el caso de reducción de jornada por guarda legal de un menor (art. 37.6.párrafo 1º ET), y de 1 año para los casos de reducción de jornada por guarda legal de persona con discapacidad (art. 37.6.párrafo 1º ET) y de cuidado directo de un familiar (art. 37.6.párrafo 2º ET).
- 2ª) El incremento ficticio de las bases de cotización a efectos del cálculo de la base reguladora de la prestación contributiva por desempleo (art. 270.6.párrafo 1º LGSS). Si durante los 180 días inmediatamente anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento que cesó la obligación de cotizar, el trabajador ha tenido reducida su jornada, la base reguladora de la prestación por desempleo se calculará incrementando la cuantía de las bases de cotización hasta el 100 % de la que hubiera correspondido caso de no haber reducido su jornada.

³⁶ El trabajador asalariado (hombre o mujer) tiene derecho a reducir su jornada para el cuidado directo de un menor de 12 años de edad que, por razones de guarda legal, esté a su cargo. La reducción de jornada no es solo para cuidar a un hijo, sino que se extiende al cuidado de cualquier menor de 12 años de edad que esté a cargo del trabajador. La jornada puede reducirse entre un mínimo de un octavo y como máximo hasta la mitad de su duración. El periodo de reducción de jornada puede prolongarse hasta que el menor cumpla 12 años de edad.

³⁷ El trabajador asalariado (hombre o mujer) tiene derecho a reducir su jornada para el cuidado directo de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida y que, por razones de guarda legal, esté a su cargo. La jornada puede reducirse entre un mínimo de un octavo y como máximo hasta la mitad de su duración. El periodo de reducción de jornada puede prolongarse indefinidamente en el tiempo mientras se mantengan los requisitos que dieron lugar al reconocimiento del derecho.

³⁸ El trabajador asalariado (hombre o mujer) tiene derecho a reducir su jornada para el cuidado directo de una persona que: 1º) sea familiar, siendo su vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad, ascendiente o descendiente, y hasta el segundo grado inclusive; 2º) no puede valerse por sí misma debido a edad, accidente o enfermedad; y 3º) no desempeñe actividad retribuida. El art. 37.6.párrafo 2º del ET permite solicitar la reducción de jornada para el cuidado de un hijo mayor de 12 años, por ser un supuesto no incluido en el art. 37.6.párrafo 1º del ET. La jornada puede reducirse entre un mínimo de un octavo y como máximo hasta la mitad de su duración. El periodo de reducción de jornada puede prolongarse indefinidamente en el tiempo mientras se mantengan los requisitos que dieron lugar al reconocimiento del derecho.

³⁹ El trabajador asalariado (hombre o mujer) tiene derecho a reducir su jornada por hospitalización de un hijo recién nacido. La hospitalización puede ser por parto prematuro o por cualquier otra causa. La jornada puede reducirse hasta un máximo de 2 horas al día, sin límite mínimo. El periodo de reducción de jornada se inicia a continuación del parto y puede prolongarse durante todo el internamiento, hasta el alta hospitalaria del recién nacido.

⁴⁰ El incremento ficticio de cotizaciones no se toma en cuenta a efectos del cálculo de todas las prestaciones económicas contributivas, de ahí que su alcance no sea absoluto, sino limitado.

- 3ª) Las cuantías máxima y mínima de la prestación contributiva por desempleo se fijarán tomando la jornada previa a la reducción. Si durante el periodo de reducción de jornada el trabajador pasa a situación legal de desempleo, las cuantías máxima y mínima de la prestación por desempleo se determinarán teniendo en cuenta el IPREM en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada (art. 270.6.párrafo 2º LGSS).
- 4ª) Si el trabajador con jornada reducida recibe alguna de las indemnizaciones previstas en el ET, su cuantía se calculará tomando como salario el que hubiera correspondido antes de reducir la jornada, y siempre que no haya transcurrido el plazo máximo legamente establecido para dicha reducción (disposición adicional 19ª ET).
- 5ª) Es nulo el despido disciplinario y el despido objetivo del trabajador que ha solicitado o tiene la jornada reducida, salvo que el empresario acredite que la causa del despido es ajena al ejercicio del derecho laboral de conciliación [art. 55.5.párrafo 2º.b) ET].

Conviene realizar algunas consideraciones sobre las medidas que comprende el segundo nivel de protección sociolaboral.

Primera consideración. En caso de hospitalización de un hijo recién nacido, el trabajador tiene derecho a reducir su jornada diaria durante un máximo de 2 horas, y “asimismo” a un permiso retribuido de una hora diaria (art. 37.5.primero inciso ET). Por tanto, la hospitalización del hijo recién nacido da acceso a dos derechos laborales de conciliación (reducción de jornada y permiso), que son acumulativos. El trabajador no tiene que renunciar a un derecho para disfrutar del otro. La reducción de jornada por hospitalización del hijo recién nacido no da derecho a la prestación familiar contributiva ni a prestación económica, pero sí al incremento ficticio de las bases de cotización a efectos de la prestación por desempleo (art. 270.6.párrafo 1º LGSS). En la práctica, lo habitual es que el trabajador renuncie a la reducción de jornada y solicite únicamente el permiso retribuido. En definitiva, la reducción de jornada en este caso pierde su virtualidad.

Segunda consideración. El periodo de reducción de jornada y, por tanto, el de cotización reducida, no es el mismo en todos los supuestos incluidos dentro del segundo nivel de protección sociolaboral. En caso de guarda legal de un menor, el periodo de reducción de jornada tiene límite máximo, que es hasta que el menor cumpla 12 años de edad. Por su parte, los periodos de reducción de jornada por guarda legal de una persona con discapacidad y por cuidado directo de un familiar no tienen duración máxima, de modo que el trabajador puede llegar a tener su jornada reducida durante muchos años. Con el fin de garantizar que la reducción de jornada no repercuta negativamente en la carrera del seguro del trabajador, lo ideal sería que la prestación familiar contributiva (incremento ficticio de las bases de cotización) se reconociera durante todo el periodo de reducción de jornada, pero no sucede así. El art. 237.3.párrafo 1º de la LGSS dispone que el incremento ficticio de las cotizaciones no puede prolongarse más allá de los dos primeros años en caso de reducción de jornada por guarda legal, ni del primer año en los casos de reducción de jornada por guarda legal de persona con discapacidad y por cuidado directo de un familiar. La situación descrita puede conducir a que el trabajador decida no reducir su jornada más allá del periodo en que se aplica la prestación familiar contributiva *ex* art. 237.3 de la LGSS (incremento ficticio de cotizaciones)⁴¹. Si el trabajador decide continuar con su jornada reducida más allá del periodo protegido, podría suscribir un convenio especial de Seguridad Social para seguir incrementando sus cotizaciones, pero no en los mismos términos que la prestación familiar contributiva. La suscripción del convenio especial permite al trabajador incrementar la cuantía de sus bases de cotización hasta el 100 % de la que hubiera correspondido sin la reducción de jornada (art. 21.2 Orden TAS/2865/2003). Sin embargo, estos incrementos se toman en cuenta únicamente a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia (art. 21.4 Orden TAS/2865/2003), no siendo válidos a efectos de las prestaciones de maternidad y paternidad, como sucede con la prestación familiar contributiva. Puede ocurrir que el trabajador decida no continuar con la jornada reducida

⁴¹ En este sentido, vid., ARENAS VIRUEZ, M.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, ob. cit., p. 87.

más allá del periodo protegido por la prestación familiar contributiva, porque la suscripción del convenio especial le resulta costosa⁴².

Tercera y última consideración. El despido disciplinario y el despido objetivo de un trabajador (hombre o mujer) que solicita o tiene la jornada reducida por motivos familiares es nulo [art. 55.5.párrafo 2º.b) ET]. La nulidad de este despido es objetiva, y no hay que confundirla con la nulidad por discriminación, que exige al trabajador aportar indicios razonables de vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación (por motivos personales)⁴³. Nótese que esta tercera también procede hacerla para el primer y tercer nivel de protección (máxima y mínima), porque también incluyen la medida de estabilidad laboral en cuestión (nulidad objetiva del despido).

4. TERCER NIVEL: PROTECCIÓN MÍNIMA

El nivel mínimo de protección alcanza únicamente a la reducción de jornada por lactancia (art. 37.4.párrafo 2º del ET)⁴⁴. La protección que el trabajador recibe en este supuesto no es sociolaboral, porque no tiene acceso a la acción protectora de la Seguridad Social para compensar la disminución salarial ni de la cotización. Además, la protección laboral no va más allá de garantizar la estabilidad en el empleo [art. 55.5.párrafo 2º.b) ET]. El tercer nivel de protección merece algunas consideraciones.

Primera consideración. La falta de cobertura de la Seguridad Social disuade al trabajador de solicitar la reducción de jornada, máxime cuando puede solicitar un permiso por igual motivo que, al ser retribuido, no origina ningún perjuicio económico. Este permiso es alternativo, no acumulativo, a la reducción de jornada (art. 37.4.párrafo 2º ET). El trabajador puede sustituir el derecho a la reducción de la jornada diaria por una de las dos opciones siguientes (art. 37.4.párrafo 1º ET): 1ª) un permiso retribuido de una hora diaria hasta que el lactante cumpla 9 meses, o 2ª) la acumulación del permiso diario de una hora en jornadas completas si así lo prevé el convenio colectivo⁴⁵. Cabe cuestionarse si tiene sentido seguir reconociendo legalmente el derecho a la reducción de la jornada diaria (en media hora) por lactancia, que comporta una situación de necesidad (disminución de salario y cotización) sin cobertura de la Seguridad Social, existiendo en su lugar el derecho al permiso de lactancia, que tiene una duración superior (1 hora diaria), es retribuido e incluso acumulable en jornadas completas si así lo dispone el convenio colectivo. Habiendo tanta desigualdad entre los dos términos de comparación (reducción de jornada y permiso retribuido), no cabe hablar de elección entre dos derechos de conciliación, sino más bien de existencia de un solo derecho, que es el permiso retribuido por lactancia. En definitiva, la reducción de jornada por lactancia carece de virtualidad práctica.

Segunda y última consideración. Entre todos los supuestos de reducción de jornada por motivos familiares que regula el art. 37 del ET, la lactancia es el que menor cobertura recibe por parte del

⁴² En este sentido, vid., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Prestaciones familiares”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015, p. 86.

⁴³ La nulidad del despido opera automáticamente y con independencia de la existencia de un móvil discriminatorio, de modo que la única posibilidad de dejarla sin efecto es que el empresario acredite suficientemente la procedencia de la decisión extintiva, es decir, que concurre alguna de las causas legales que justifica el despido disciplinario (art. 54 ET) y el despido objetivo (art. 52 ET). En este sentido, vid. MARTÍNEZ BARROSO, M^{PR}.: “La protección social de la familia en el sistema público de Seguridad Social. Las denominadas prestaciones familiares”, en VV.AA.: *Informe a iniciativa propia sobre la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Castilla y León*, Valladolid, Consejo Económico y Social de Castilla y León, 2007, p. 331.

⁴⁴ El trabajador asalariado (hombre o mujer) tiene derecho a reducir la jornada por lactancia (natural o artificial) de un hijo o menor a cargo (acogido o en régimen de guarda con fines de adopción). La reducción de jornada será de media hora al día. A diferencia de otros supuestos, la reducción es único, no modula entre límites mínimo y máximo. El periodo de reducción de jornada se prolonga hasta que el menor cumpla 9 meses.

⁴⁵ La hora diaria de permiso retribuido puede acumularse en jornadas completas cuando así lo disponga el convenio colectivo. La STS, Sala Social, de 19 de abril de 2018 (RCUD núm. 1286/2016), aclara que la acumulación del permiso por lactancia en jornadas completas debe calcularse sobre la hora diaria de ausencia y no sobre la media hora diaria de reducción de jornada; dicho de otro modo, la acumulación es de la hora diaria permiso, no de la media hora diaria de reducción de jornada.

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, lo cual no significa que lleve aparejada una situación de total desprotección, y es que el trabajador siempre tiene la posibilidad, y así sucede, de solicitar el derecho al permiso retribuido por lactancia.

IV. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA PRESTACIÓN FAMILIAR CONTRIBUTIVA EN SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DE JORNADA

El estudio recogido en las páginas precedentes permite añadir una serie de consideraciones a las ya expuestas sobre la prestación familiar contributiva en supuestos de reducción de jornada (art. 237.3 LGSS).

Primera consideración. No parece que la “prestación familiar en su modalidad contributiva”, así denominada por el art. 237 de la LGSS, sea una “prestación familiar” a efectos de lo dispuesto en el art. 1.z) del Reglamento (CE) núm. 883/2004⁴⁶, por dos razones⁴⁷: 1) no es una prestación en especie ni económica (metálico), sino que consiste en un incremento ficticio de cotización, y 2) su finalidad no es “hacer frente a los gastos familiares”, sino compensar la falta o disminución en la cotización que se origina cuando un trabajador ejerce determinados derechos laborales de conciliación (excedencias y reducciones de jornada por motivos familiares).

Segunda consideración. La prestación familiar contributiva del art. 237.3 de la LGSS solo procede en los siguientes supuestos de reducción de jornada que regula el art. 37.6 del ET, y son los siguientes:

- Reducción de jornada por guarda legal de un menor (art. 37.6.párrafo 1º ET y art. 237.3.párrafo 1º LGSS).
- Reducción de jornada por guarda legal de una persona con discapacidad (art. 37.6.párrafo 1º y art. 237.3.párrafo 1º LGSS).
- Reducción de jornada por cuidado directo de un familiar (art. 37.6.párrafo 2º ET y art. 237.3.párrafo 1º LGSS).
- Reducción de jornada por cuidado de un menor a cargo con cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6.párrafo 3º ET y art. 237.3.párrafo 2º LGSS).

Tercera consideración. La prestación familiar contributiva del art. 237.3 de la LGSS no procede en los siguientes supuestos de reducción de jornada:

- Reducción de jornada por lactancia (art. 37.4 ET).
- Reducción de jornada por hospitalización de hijo recién nacido (art. 37.5 ET).
- Reducción de jornada por motivos familiares que tiene lugar cuando el trabajador ejerce el derecho a adaptar la duración de su jornada laboral (art. 34.8 ET).
- Otros supuestos de reducción de jornada por motivos familiares reconocidos en virtud de la autonomía individual (acuerdo entre empresario y trabajador) o colectiva (acuerdo de empresa, convenio colectivo).

⁴⁶ El art. 1.z) del Reglamento (CE) núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DO Unión Europea Serie L núm. 166, de 30 abril 2004), define las “prestaciones familiares” en los términos siguientes: “todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares, con exclusión de los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción mencionados en el anexo I”.

⁴⁷ ARENAS VIRUEZ, M.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, ob. cit., pp. 153 y 154, afirma que la prestación familiar contributiva no tiene la consideración de prestación familiar coordinable en virtud del Reglamento (CEE) núm. 883/2004. Por su parte, ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Régimen jurídico de las prestaciones familiares en España y su coordinación en el Reglamento CE 883/2004”, ob. cit., pp. 469 y 470, se muestra partidario de incluir las prestaciones familiares contributivas del art. 237 de la LGSS dentro del ámbito de coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social.

Cuarta consideración. En supuestos de reducción de jornada (art. 37.6 ET), la prestación familiar contributiva consiste en un incremento ficticio de la cuantía de las bases de cotización del trabajador hasta alcanzar el 100 % de la que hubiera correspondido de no haber reducido su jornada. Este incremento ficticio de la cotización se tomará en cuenta en un futuro para calcular la base reguladora de prestaciones económicas contributivas a las que tenga acceso el trabajador. Por tanto, la prestación familiar contributiva, a diferencia del resto de prestaciones que integran la acción protectora del sistema de Seguridad Social, no se hace efectiva inmediatamente.

Quinta consideración. Puede ocurrir que el trabajador no haya tenido la jornada reducida durante los periodos de cotización que se toman para calcular la base reguladora de la prestación. En tal caso, el incremento ficticio de cotizaciones no llega a producir efectos. En definitiva, la prestación familiar contributiva que regula el art. 237.3 de la LGSS permanece latente en el tiempo hasta, llegado el momento, desplegar sus efectos. El incremento ficticio de cotizaciones solo produce efectos los periodos de reducción de jornada coinciden con los periodos de cotización tomados en cuenta para calcular la base reguladora de la prestación.

Sexta consideración. El grado de incidencia práctica de la prestación familiar contributiva en los supuestos de reducción de jornada por motivos familiares se mide a partir de dos elementos: 1º) el porcentaje en que se incrementa la cotización del trabajador, que siempre se corresponde con el porcentaje de reducción de jornada; y 2º) el periodo durante el que se incrementa la cotización, que puede ser inferior al periodo de reducción de jornada. El análisis recogido en las páginas precedentes pone de manifiesto que la prestación familiar contributiva no incide de igual modo en los cuatro supuestos de reducción de jornada por motivos familiares a los que se aplica.

Séptima consideración. La incidencia de la prestación familiar contributiva es muy significativa en la reducción de jornada por cuidado de un menor a cargo con cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6.párrafo 3º ET y art. 237.3.párrafo 2º LGSS), por los siguientes motivos:

- 1º) El incremento ficticio de las cotizaciones es siempre igual o superior al 50 %, que es el porcentaje mínimo de reducción de jornada.
- 2º) El incremento ficticio de las cotizaciones no tiene límite temporal mínimo ni máximo, es decir, se extiende durante todo el periodo de reducción de jornada. Nótese que la reducción de jornada por cuidado directo de un menor a cargo con cáncer u otra enfermedad grave puede abarcar hasta que el menor alcanza la mayoría de edad. Según datos estadísticos del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, la duración media de la reducción de jornada (con percibo de prestación económica e incremento ficticio de cotizaciones) se sitúa en 381,43 días (año 2017).
- 3º) El incremento ficticio de las cotizaciones se toma en cuenta para calcular numerosas prestaciones económicas contributivas, a saber: 1) jubilación, 2) incapacidad permanente, 3) muerte y supervivencia, 4) maternidad, 5) paternidad, 6) incapacidad temporal, 7) riesgo durante el embarazo, y 8) riesgo durante la lactancia natural.

Octava y última consideración. La incidencia de la prestación familiar contributiva es mucho menor en los demás supuestos de reducción de jornada a los que se aplica (art. 37.6.párrafos 1º y 2º ET), por los siguientes motivos:

- 1º) El incremento ficticio de las cotizaciones es siempre igual o inferior 50 %, que es el porcentaje máximo de reducción de jornada.
- 2º) El incremento ficticio de las cotizaciones tiene límite temporal máximo (art. 237.3.párrafo 1º LGSS); no puede prolongarse más allá de los dos primeros años, en caso de reducción de jornada por guarda legal⁴⁸, ni del primer año en los casos de reducción de jornada por

⁴⁸ Por tanto, el periodo de reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad (art. 37.6.párrafo 1º ET) deja de estar protegido a partir del segundo año.

guarda legal de una persona con discapacidad y por cuidado directo de un familiar⁴⁹. En definitiva, puede ocurrir que la prestación familiar contributiva no proteja todo el periodo de reducción de jornada. Si el trabajador continúa con la jornada reducida más allá del periodo protegido por la prestación familiar contributiva, puede seguir incrementando las cotizaciones a través de la suscripción del correspondiente convenio especial de la Seguridad Social (art. 21 Orden TAS/2865/2003), pero es a efectos de menos prestaciones (jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia) y además le supone un coste.

- 3º) El incremento ficticio de las cotizaciones se toma en cuenta para calcular en un futuro las siguientes prestaciones económicas contributivas: 1) jubilación, 2) incapacidad permanente, 3) muerte y supervivencia, 4) maternidad, y 5) paternidad. En caso de reducción de jornada por cuidado de un menor a cargo con cáncer o enfermedad grave es mayor, el incremento de las cotizaciones ficticias tiene un alcance mayor, porque también se toma en cuenta para: 1) incapacidad temporal, 2) riesgo durante el embarazo, y 3) riesgo durante la lactancia natural.

⁴⁹ Por tanto, los periodos de reducción de jornada por guarda legal de una persona con discapacidad (art. 37.6.párrafo 1º ET) y por cuidado directo de un familiar (art. 37.6.párrafo 2º ET) dejan de estar protegidos a partir del primer año.

CAPÍTULO VI. LA MATERNIDAD SUBROGADA: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y PRESTACIÓN DE MATERNIDAD

ANA GLORIA AZOR OLIVER

Doctoranda en Derecho

Universidad de Murcia

Abogada

I. INTRODUCCIÓN

Con la presente comunicación se pretende poner de manifiesto, a través de los mecanismos de protección que la Seguridad Social establece en relación a los supuestos de maternidad/paternidad subrogada, atendiendo al fin último del interés superior del menor, la casuística en relación a estos supuestos. Todo ello, a través de la conceptualización de los términos de maternidad subrogada, interés superior del menor y prestación por maternidad.

La maternidad subrogada, mencionada también con otros términos como, maternidad por sustitución, gestación por sustitución, vientre de alquiler o útero de alquiler, es aquel negocio jurídico en virtud del cual, una mujer se compromete a quedarse embarazada, madre gestante, y, en virtud de dicho contrato, renuncia a todos sus derechos derivados de la maternidad a favor de la persona o personas con las que ha contratado, padres intencionales o subrogantes.

Para la determinación del concepto de interés superior del menor hemos de acudir a diversas consideraciones reflejadas en múltiples preceptos jurídicos internacionales y nacionales, así la Declaración de Ginebra de 1924; la Declaración de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 y la Convención de derechos del niño de 1989, y, en el ámbito nacional, desde la propia Constitución Española, art 39, la Ley Orgánica de protección del menor o la Ley Integral contra la Violencia de Género.

Se trataría, pues, de un concepto jurídico indeterminado, en el que, como fin último, habría de establecerse un marco de protección del menor, como sujeto especialmente vulnerable y necesitado de protección.

Y, entre esas medidas de protección, como sujeto especialmente vulnerable y necesitado de protección, se halla la prestación por maternidad, concretada en el mantenimiento de la capacidad económica durante el periodo en que se deja de percibir rentas activas por la suspensión del contrato de trabajo de la madre, durante el disfrute del permiso de maternidad y la situación de riesgo durante el embarazo.

II. MARCO NORMATIVO

La Constitución Española ya establece el marco en el que ha de desarrollarse la legislación sobre esta materia en el art. 39, cuando establece que es obligación de los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, especialmente de los menores de edad en consonancia con el marco internacional al respecto.

Partiendo del hecho de que la normativa española considera el contrato de maternidad por sustitución como un contrato nulo de pleno derecho, medie o no precio, y que la filiación de los

hijos nacidos por esta técnica se determinará por el nacimiento¹, sin embargo, ello no impide que los padres subrogantes puedan, ajustándose a lo establecido por el Tribunal Supremo, en relación a las exigencias para la inscripción del menor en el Registro Civil, es decir, recurrir a la adopción o el consentimiento a la fecundación con contribución del donante², puedan realizar dicha inscripción, regularizando la situación.

La Ley General de la Seguridad Social, en su art. 177³, establece como situación protegida a los efectos de protección por maternidad, la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49 a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

También, en materia de Seguridad Social, ha de atenderse a lo preceptuado en relación a las prestaciones económicas en materia de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.⁴

En el ámbito laboral, el Estatuto de los Trabajadores⁵, regula esta materia en los art. 48.4, estableciendo que en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, esta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá

¹ Art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto"

² STS de 6 febrero 2014 (rec. 245/2012): "(d)Además del hecho biológico existen otros vínculos, como la adopción o el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación..."

³ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁴ Art. 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural: "Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualesquiera sea su denominación"

⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el apartado 7.

El marco internacional esta compuesto por una serie de mecanismos tales como La Convención de sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989⁶, y La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006⁷, así como dos convenios del Consejo de Europa, el de Lanzarote, de 25 de octubre de 2007⁸ y, el convenio de Estrasburgo, de 27 de noviembre de 2008⁹, tendentes a establecer el marco de protección del menor en que se han de desarrollar las legislaciones de los estados firmantes.

III. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO

La expresión, interés superior del menor, utilizada en numerosísima doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, presenta una gran dificultad a la hora de la determinación de un concepto unitario de la misma, toda vez que se trata de un concepto jurídico indeterminado, ahora, eso sí, dada su utilización en multitud de normativa, ha conllevado un reconocimiento jurídico y político de la misma.

Así, teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño, y, teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento", es por lo que la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en su art. 3.1 utiliza esta expresión al determinar que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", repetido en numerosas ocasiones a lo largo de su articulado.

Igualmente, reconociendo también que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño, La Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, utiliza la expresión a las que nos estamos refiriendo en su art. 7 cuando preceptúa que "En todas las actividades relacionadas

⁶ Art. 2.2 de La Convención sobre los Derechos de los niños: "2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares."

⁷ Art. 7.2 de La Convención de los derechos de las Personas con Discapacidad: "En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño."

⁸ Artículo 1. Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007: "1. El presente Convenio tiene por objeto:

- a) Prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños;
- b) proteger los derechos de los niños víctimas de explotación y abuso sexual;
- c) promover la cooperación nacional e internacional contra la explotación y el abuso sexual de los niños."

⁹ Art. 1.1 de Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008: "1. El presente Convenio concierne a la adopción de un menor que, en el momento en que el adoptante solicite su adopción, no haya alcanzado la edad de 18 años, que no haya estado o esté casado, que no haya estado o esté registrado como pareja de hecho, y que no haya sido emancipado."

con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.”

El Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, con la idea de establecer disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y por la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados, sobre todo, desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional, reitera la utilización de la expresión “interés superior del menor”, cuando en su art. 4 b) establece que “las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño”

Y, a nivel europeo, La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, alude al interés superior del menor en su art. 24.2 cuando proclama que “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.”

Nuestra legislación interna, partiendo del art. 39 de la Constitución Española en donde establece que los poderes públicos asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y, además, los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, y, siguiendo con el Título V del Código Civil, De la Paternidad y Filiación, se refieren constantemente al interés superior del menor sin utilizar, concretamente, esta expresión. Igual que en el art. 1826 de la Ley Enjuiciamiento Civil al establecer que “el Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurar de que la adopción, acogimiento o su cesación resulten beneficiosos para el menor.”

Sin embargo, si es utilizada literalmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuando en su exposición de motivos ya establece que “la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales”, y queda plenamente constatado en su art. 2, denominado, precisamente, “Interés superior del menor” y en el art. 11.2 a) “La supremacía de su interés superior”.

Jurisprudencialmente, el proclamado interés superior del menor, en relación a la inscripción de los mismos en el Registro Civil, si bien había sido denegado en sentencias como la de la Sala de lo Civil del TS de 6 de febrero de 2014, argumentando que “la invocación indiscriminada del interés del menor no puede servir de tabla rasa para cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional...” y que “la aplicación del principio de la consideración primordial del interés del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”, sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emite dos pronunciamientos posteriores, de 26 de junio de 2014 y de 27 de enero de 2015, que viene a contrariar la argumentación de nuestro alto tribunal, estableciendo en el primero de los supuestos en los que el estado francés había denegado la inscripción de un menor nacido por gestación por sustitución, argumentando que “el interés superior de los niños debe ser valorado al examinar el alcance de los efectos de no reconocimiento en el derecho francés del lazo de filiación en los supuestos de maternidad subrogada, pues tales efectos no se limitan a los padres intencionales, sino que afectan también al niño.” Igualmente en el segundo de los supuestos, en el que, el estado italiano, no solo no inscribe al menor en su Registro Civil sino que va mas allá, e imputa a los padres un delito de alteración del estado civil, falsedad y violación de la legislación de adopción de menores, y, el menor fue asignado a otra familia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que “el orden público no puede entenderse como una carta en blanco para cualquier medida, porque la obligación

de tener en cuenta el interés superior del menor corresponde al Estado independientemente de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo”.

La respuesta de nuestro ordenamiento, sin embargo no se alinea con estas posturas sino que se ratifica en su posición y reitera que la identidad del niño y su integración familiar quedan perfectamente salvaguardados, toda vez que nuestro ordenamiento permite la filiación paterna y, en todo caso, la adopción y acogimiento, como medidas de protección del menor.

A la luz de lo mencionado anteriormente, establecer un concepto unitario de interés superior del menor, resulta cuando menos, complicado, pues si bien el Tribunal Supremo establece que “el interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce constantemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son los que se han denominado conceptos esenciales controvertidos, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores y sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio. Este carácter controvertido puede predicarse del interés superior del menor cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado”.¹⁰

Doctrinalmente, algunos autores ha venido a definir el interés superior del menor, todos ellos coincidentes en el establecimiento de un marco legislativo inspirado en un principio de garantía de los derechos del menor que confluya en la consecución del mencionado interés superior del menor¹¹.

La defensa del interés superior del menor, se fundamenta, pues, en que, tratándose un colectivo especialmente vulnerable, nuestro ordenamiento jurídico ha de tratar de dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección que trascienda, también, a los diversos Tratados Internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo, una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social y de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

Tratándose, como hemos dicho, de un concepto jurídico indeterminado, la naturaleza jurídica del interés superior del menor, hemos de buscarla en los principios inspiradores para la materialización del marco jurídico en el que tal interés superior del menor debe garantizarse de manera prioritaria, en concreto, el artículo 3.1 del Convención de los Derechos del Niño dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Menor”. E, igualmente, en la legislación nacional, se establece de aplicación, con carácter prioritario, el principio de interés superior del menor, así, por ejemplo, el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan”.

Ahora bien, ciertamente, tratándose de un colectivo, que como se ha dicho es especialmente vulnerable y necesitado de protección, sin embargo, “en este sentido, como principio general reconocido y plenamente aplicable, al interés superior del niño no le es oponible norma o decisión alguna –administrativa o judicial– que le contradiga, salvo que en circunstancias determinadas se

¹⁰ STS de 6 febrero 2014 (rec. 245/2012).

¹¹ “Aquel principio general inspirador de toda la legislación relativa al menor y que no se concreta en una serie de derechos o garantías particulares, aunque lógicamente también los incluya. Por medio del mismo, el legislador manifiesta su voluntad de aspirar siempre a la consecución del bien superior del menor, por encima de los otros intereses con los que pudiera entrar en conflicto”. MARTÍN OSTOS, J.: “En torno al interés superior del menor”, Anuario de justicia de menores, nº 12, 2012, pág. 39-66.

encuentre en liza la aplicabilidad de algún otro principio general del mayor nivel, en cuyo caso el operador jurídico deberá atenerse a la prueba de ponderación y al rol de cada principio en el caso particular...”¹²

IV. MATERNIDAD SUBROGADA

1. MATERNIDAD SUBROGADA E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La maternidad subrogada, conocida también por otros términos como vientre de alquiler, gestación por sustitución o útero de alquiler, es aquel negocio jurídico en virtud del cual una mujer, madre gestante, sustituta o madre de alquiler, se compromete a gestar un embrión, mediante técnicas de reproducción asistida, pudiendo mediar precio o no, a favor de otra u otras personas, comitentes, padres intencionales o padres subrogantes.

El negocio jurídico al que nos referimos se configura como un contrato de gestación suscrito por los padres intencionales y la madre gestante. Respecto de este contrato, se pueden describir amplia casuística, así, que los padres intencionales sean una pareja heterosexual, una pareja homosexual o un progenitor, masculino o femenino, en solitario, que la madre gestante aporte o no su material genético, que aquel proceda de la pareja comitente, de uno solo o que el embrión o espermia proceda de un donante.

Por otro lado, es de mencionar la entidad externa que conecta necesidades y gestiona el contrato, estableciendo los términos del mismo, entre ellos, el hecho de que la madre gestante renuncia a todas sus prerrogativas relativas a la patria potestad, determinándose la filiación del menor solo en relación al padre o padres intencionales, privando así al menor del conocimiento y relación con la madre gestante que en alguno de los casos es además madre biológica del menor.

La determinación de la filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante vientre de alquiler viene determinada por la inscripción en el Registro Civil de los menores. Y fue precisamente en este ámbito donde se dieron los primeros pasos en esta materia. Hay que recordar, en este sentido, que nuestro Código Civil, art. 108, establece que la filiación puede venir determinada por nacimiento o adopción y que hoy día, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece, en lo que a filiación se refiere, esta vendrá determinada por el parto, aún en los casos en que no exista vínculo genético entre la madre y el hijo. Y, esta misma ley, art.10, declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a su filiación materna a favor del contratante. Por lo tanto, la filiación de los hijos nacidos por esta técnica, según la normativa española vendría determinada por el parto, hecho que se compadece con la nulidad del contrato, ya que si este es nulo no puede producir efectos. Queda a salvo, por supuesto, el derecho del padre biológico a la reclamación de su paternidad.

La Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado (en adelante DGRN) de 18 de febrero de 2009, permitió la inscripción en nuestro registro de dos niños nacidos por este método en San Diego (EEUU), aunque previamente el encargado del Registro Consular Español la había denegado basada en el art. 10 de la Ley 14/2006 que prohíbe la gestación por sustitución. Lo que provocó la interposición de un recurso por parte de los padres ante la DGRN, que fue estimado e instó a practicar la inscripción de los menores basándose en que, no contraría el orden público, y el interés superior del menor.

Sin embargo esta inscripción no fue pacífica y fue impugnada por sentencia de del Juzgado de 1ª Instancia Nº 15 de Valencia, que dejó sin efecto dicha inscripción. Ante cuya situación la DGRN dictó una nueva instrucción sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante las técnicas de gestación por sustitución basándose en el interés superior del menor y de las madres gestantes. Tal finalidad se pretende conseguir, siempre y cuando, para la inscripción se presente una

¹² Sentencia nº 12595 de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de 1 de agosto de 2014

resolución judicial de un Tribunal competente que determine la filiación del recién nacido y en la que se incluya un certificado de nacimiento determinando la filiación del menor a favor de los padres comitentes, sin remisión alguna a la madre gestante.

Todo esto termina con una Sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil de TS, de 6 de febrero de 2014, que sentó jurisprudencia al respecto y que estableció: 1) “La decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”; 2) “Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y a las relaciones familiares, como el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993; 3) La aplicación del principio de la consideración primordial del interés del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma; 4) La mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil; 5) Tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito familiar, reúne los requisitos que la justifican según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo: (i) esta prevista en la ley, pues esta exige que el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación; 6) Si los menores ya tenían relaciones “de facto” con los recurrentes, la solución habría de buscarse partiendo de este dato y permitiendo el desarrollo y la protección de esos vínculos, en aplicación de la art. 10.3 de la LTRHA se podía determinar la filiación del padre biológico y el otro varón podía, previo consentimiento de la madre, adoptar a los niños.

Cabe colegir, que ya nuestro ordenamiento jurídico establecía mecanismos para eludir las consecuencias de un contrato nulo de pleno derecho como es la gestación por sustitución o maternidad subrogada.

Pese a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias de 26 de junio de 2014, asunto 65192/2011 Mennesson contra Francia, y asunto 65941/2011 Labassee contra Francia, manifiesta que la falta de inscripción en estos casos, viola el art. 8 de la CEDH, nuestro mas alto Tribunal se ratifica en su postura en auto de 2 de febrero del 2015, afirmando que la protección del interés superior del menor queda protegida por la posibilidad de la determinación de la filiación biológica del padre y la adopción por parte del otro miembro de la familia.

2. MATERNIDAD SUBROGADA, PRESTACIÓN POR MATERNIDAD E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En relación a la prestación por maternidad, recordemos, esta se halla regulada en La Ley General de la Seguridad Social, en su art. 177, que establece como situación protegida a los efectos de protección por maternidad, la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49 a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Así como en el art. 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural: “Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualesquiera sea su denominación.”

En ninguno de estos preceptos se recoge el supuesto de maternidad subrogada, claro, que tampoco es de extrañar, teniendo en cuenta que según el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.”

En el ámbito del derecho comunitario, “La doctrina del Tribunal de Justicia puede resumirse en los siguientes términos: la gestación por subrogación no está incluida en la normativa europea de protección de la maternidad; o dicho en otros términos, el derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución, no encuentra fundamento en el Derecho de la Unión Europea. En consecuencia, los Estados no están obligados a regular una prestación por maternidad en estos supuestos. Cuestión distinta es que mejoren los mínimos contenidos en la normativa europea y opten voluntariamente por conceder dicha prestación,”¹³ basada en la interpretación que el Tribunal de Justicia Europeo realiza de la Directivas 92/85/CEE, del consejo, de 19 de octubre, y la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativas a la aplicación de las 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, y a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, respectivamente, en relación a dos asuntos, Asunto 167/12, planteado por el Reino Unido y la Cuestión 363/12, planteada por Irlanda. En ambos casos, el TJUE no entiende que la negativa a la concesión del permiso por maternidad contravenga ninguna de estas dos Directivas (Sentencias de 18 de marzo de 2014).

En nuestro ordenamiento interno, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en un principio deniega todas las solicitudes presentadas en supuestos de maternidad subrogada, basándose en la ilegalidad de dicho contrato, nulo de pleno derecho. Sin embargo interpuestos recursos en los Tribunales, estos se han pronunciado de diferente forma, así, en un primer momento, los Tribunales comienzan a fallar a favor de la concesión de la prestación utilizando argumentos para ello como que la finalidad de la prestación, aparte de la recuperación de la madre, va dirigida al cuidado del menor, aplicando el criterio de la analogía con el acogimiento familiar o adopción¹⁴. Otro argumento

¹³ ALZAGA RUIZ, I., *Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. N.134.

¹⁴ STSJ de Madrid, de 18 octubre de 2012; STSJ de Asturias de 20 septiembre 2012; STSJ de Cataluña de 1 julio 2015; STSJ de Madrid de 23 diciembre 2014; STSJ de Asturias de 20 septiembre 2012; STS de Murcia de 3 de septiembre 2014

utilizado para la concesión de la prestación ha sido la invocación del interés superior del menor, pues, “aun cuando subyazca un contrato de gestación, los progenitores son de hecho, los padres comitentes, lo que implica que se les reconozca a éstos los mismos derechos que a aquellos padres que acceden a la adopción o acogimiento. Y es que, lo contrario sería un argumento discriminatorio que vulneraría el principio de igualdad y protección de la familia”¹⁵

Posteriormente, tras las SSTJE de 18 de marzo d 2014, en nuestro ordenamiento se produce un cambio de criterio para la adecuación de sus fallos a esta doctrina europea, y se deniega la prestación por maternidad ya que las madres intencionales no habían estado embarazadas ni habían dado a luz y, no se puede decir que hubiera habido discriminación por razón de sexo, pues de haber sido un hombre el solicitante tampoco se le habría concedido.¹⁶

Finalmente, el Tribunal Supremo en sentencias de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016, unifica doctrina sobre la prestación por maternidad en situaciones de maternidad subrogada.

En la primera de las sentencias los argumentos esgrimidos para la concesión de la prestación por maternidad son:

“1.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos y las SSTEDH 26 junio 2014 ó 27 enero 2015 amparan el derecho a la inscripción de menores nacidos tras gestación por sustitución en ciertos casos pero no condicionan el derecho a la protección social. Además, el ordenamiento español posee cauces (adopción, investigación de la paternidad) para mitigar las consecuencias de la negativa a la inscripción registral.

2.- De las diversas Directivas de la UE que influyen sobre el tema y de las SSTJUE de 18 marzo 2014 se desprende que la cuestión examinada es ajena a las mismas. No es discriminatorio (ni por razón de sexo, ni por discapacidad) rechazar el permiso por maternidad o las prestaciones asociadas en estos casos. Tampoco es exigible lo contrario desde la perspectiva de la seguridad y salud laborales. Tales conclusiones no impiden que el ordenamiento español abrace solución contraria, dado el carácter de norma mínima que poseen la Directivas.

3.- La Sala Primera del Tribunal Supremo considera que las normas civiles españolas que declaran nulo el contrato de maternidad por subrogación impiden que pueda inscribirse como hijos de quienes han recurrido a esa técnica a los habidos en un tercer Estado, aunque exista resolución judicial (o equivalente) que así lo manifieste. Pero advierte que si los menores poseen relaciones familiares de facto debe partirse de tal dato y permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos.

4.- La actual regulación legal (LGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) omite la contemplación de estos supuestos pero no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral.

5.- Existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas.

6.- Cuando el solicitante de las prestaciones por maternidad, asociadas a una gestación por subrogación, es el padre biológico y registral de las menores existen poderosas razones adicionales para conceder aquéllas.”

En la segunda de las sentencias los argumentos aducidos son:

Primero: En relación a la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, hay que recordar aquí que nuestro ordenamiento laboral, en determinados supuestos, se reconocen ciertos efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad. Así, por ejemplo, cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato que resultase nulo, artículo 9.2 ET; en el supuesto en el que se establece pensión de viudedad en determinados

¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSÚA, B.M., *La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N. 43.

¹⁶ STSJ de Madrid de 7 julio 2014; STSJ del País Vasco de 13 mayo 2014 y de 3 de mayo 2016

casos de nulidad matrimonial, artículo 174.2, actual 220.3 LGSS ; cuando se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo, artículo 36.5 LOEX 4/2000.

Segundo: En relación al artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, tal y como señala la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014, casación 245/2012, "la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma", dicho principio ha de servir para la interpretación de las normas ahora examinadas referentes a la protección de la maternidad.

Tercero.- Tal y como nos recuerda la precitada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, recurso 245/2012 : «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia y de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares "de facto" con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos».

En el asunto examinado el menor, nacido tras la gestación por sustitución, forma un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares "de facto", por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad.

Cuarto: De no otorgarse la protección por maternidad -atendiendo a la doble finalidad que tiene- al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación.

Quinto: Tanto el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores como los referentes a la protección que se dispensa en las normas de Seguridad Social a las situaciones reguladas en el precepto estatutario, en especial los artículos 133 bis (actual artículo 177) y 133 ter (actual artículo 178) forman parte del desarrollo del mandato constitucional - artículo 39 de la Constitución - que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Está fuera de toda duda que el reconocimiento del derecho al descanso y prestación por maternidad entraña un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia.

Sexto: El periodo de dieciséis semanas del descanso por maternidad y su correlativa prestación de Seguridad Social tienen una doble finalidad, por un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor, en palabras de la STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12 "evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones".

En el supuesto de maternidad por subrogación se producen también las especiales relaciones entre la madre y el hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor, por lo que han de ser debidamente protegidas, en la misma forma que lo son los supuestos contemplados en el artículo 133 bis de la LGSS , maternidad, adopción y acogimiento.

Séptimo: En relación al artículo 2.2 del RD 295/2009 de 6 de marzo , por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el

embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la situación del menor, nacido tras una gestación por sustitución e inscrito en el Consulado de España en Los Ángeles, deriva de una resolución judicial extranjera su finalidad y efectos pueden considerarse similares a los previstos para la adopción y el acogimiento.

Octavo: El menor figura inscrito en el Consulado General de España en Los Ángeles, habiéndose efectuado la inscripción el 15 de agosto de 2013, sin que la misma haya sido impugnada.

Y noveno: No se opone a las anteriores consideraciones lo resuelto por el TJUE en las sentencias de 18 de marzo de 2014, C-167/12 y C-363/12, el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no constituye una discriminación basada en el sexo contraria al artículo 14 de la Directiva 2006/54 CE del Parlamento Europeo y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante, que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.

Así las cosas, la Subdirección General de Ordenación Académica y Asistencia Jurídica del INSS, en su consulta núm. 29/2016, de 29 de diciembre de 2016, establece los criterios para la concesión de esta prestación, acatando la doctrina dictada por nuestro mas alto Tribunal:

“1º. Situación protegida. A efectos de la prestación por maternidad prevista en el artículo 177 del TRLGSS, se considera situación protegida el nacimiento de un hijo por gestación por sustitución en un país extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país, durante los períodos/permisos de descanso que por tales situaciones se disfruten, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (LET) o en el artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP).

2º. Inscripción de la filiación en el Registro Civil español. Para el reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad es requisito necesario que se haya practicado la previa inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español.”

De acuerdo con lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 dictada por la Dirección General de Registros y el Notariado, viene siendo inscribible en el Registro civil español el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determina la filiación del nacido a favor del progenitor o progenitores comitentes, se recoge el consentimiento libre y voluntario así como la renuncia expresa a la filiación de la madre gestante y se hace constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor. En estos supuestos la madre biológica renuncia a la filiación del hijo, por lo que no figura en la correspondiente inscripción registral, determinándose la filiación exclusivamente a favor del progenitor o progenitores comitentes. Este es el supuesto fáctico recogido en la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016. En estos casos bastará con acreditar la inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español.

En aquellos supuestos en los que no exista tal resolución judicial y la filiación del hijo en el Registro civil español se determine a favor del comitente y de la madre biológica - supuesto de hecho recogido en la sentencia del TS de 25 de octubre de 2016-, además de la inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español, a la solicitud del subsidio por maternidad deberán acompañarse preceptivamente los documentos que a continuación se indican:

- Documento público debidamente legalizado en el que conste la renuncia expresa de la madre biológica al ejercicio de la patria potestad sobre el menor. El interesado debe presentar traducción oficial del citado documento.
- Salvo que este extremo constara expresamente en el documento público debidamente legalizado en el que conste la renuncia expresa de la madre biológica al ejercicio de la

patria potestad sobre el menor, el interesado debe acreditar que dicha renuncia no es contraria al ordenamiento jurídico del país de origen del hijo. Dicha acreditación debe llevarse a cabo mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. En caso de aseveración o informe de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable, además de la correspondiente legalización debe presentarse traducción oficial de dicho documento.

Habida cuenta la casuística que se puede presentar en la práctica -dada la falta de homogeneidad en la regulación del contrato de gestación por sustitución en los diferentes ordenamientos jurídicos extranjeros-, si de la documentación aportada por el interesado se desprendiera que el contrato de gestación por sustitución no se ha llevado a cabo de conformidad con lo previsto en este apartado, se deberá recabar informe de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de esta Entidad Gestora con carácter previo a dictar la resolución que proceda.

3º. Beneficiario del subsidio. Será beneficiario del subsidio por maternidad el progenitor - independientemente de su sexo- que haya disfrutado del descanso o permiso y reúna los requisitos que para el reconocimiento del derecho a este subsidio establece el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. En el caso de que haya dos progenitores comitentes y el período de descanso se hubiera distribuido a opción de ambos, de modo que sea disfrutado de forma simultánea o sucesiva por ambos, tendrán ambos la condición de beneficiarios, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos.

4º. Hecho causante. La prestación se entenderá causada en la fecha de nacimiento del hijo.

5º. Periodos mínimos de cotización. La edad prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 5 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, a efectos de determinar el periodo mínimo de cotización exigido, será la que tenga cumplida el beneficiario en la fecha del nacimiento del hijo. No será de aplicación lo previsto en los apartados 3 (supuesto de parto) y 4 (supuesto de adopción internacional) del mencionado artículo.

6º. Prestación económica. En caso de hijos nacidos por gestación por sustitución en supuesto de parto múltiple, se concederá un subsidio especial por cada hijo a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto.

7º. Nacimiento, duración y extinción del subsidio. La aplicación de lo previsto en el artículo 8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, se llevará a cabo de conformidad con los criterios que a continuación se exponen:

- Es de aplicación lo previsto en los apartados 2, 3, 7, 8, 10, 11 y 12, salvo el último párrafo de este último apartado por referirse al descanso obligatorio, que no tiene lugar en la gestación por sustitución que nos ocupa.
- En relación con el apartado 1, el derecho al subsidio sólo corresponderá al periodo de descanso o permiso que se disfrute a partir de la fecha del nacimiento del hijo, sin que sea de aplicación la antelación de cuatro semanas prevista para los supuestos de adopción internacional.
- En relación con el apartado 4 (fallecimiento del hijo), únicamente es de aplicación lo previsto en el párrafo tercero.
- En caso de fallecimiento de alguno de los progenitores comitentes que sea, a su vez, beneficiario del subsidio, es de aplicación lo previsto en el párrafo segundo del apartado 5.
- No es de aplicación lo previsto en el apartado 6, al referirse a la cesión del derecho al descanso no obligatorio por parte de la madre biológica, que no tiene lugar en la gestación por sustitución que nos ocupa.

- Es de aplicación lo previsto en el artículo 9 con las siguientes particularidades:
- No son de aplicación las menciones relativas al periodo de descanso obligatorio de la madre biológica.
 - No es de aplicación el último inciso del párrafo primero, relativo al fallecimiento de la madre biológica.
 - No es de aplicación el último inciso del párrafo segundo, relativo al progenitor a quien corresponde el disfrute del periodo adicional del subsidio en caso de hospitalización del menor con una duración superior a siete días. En su lugar, el periodo de disfrute adicional del subsidio en el caso de que ambos progenitores reunieran los requisitos para ser beneficiarios de dicho subsidio, corresponderá a aquél que de común acuerdo determinen.

8º. Internamiento hospitalario del recién nacido. En caso de internamiento hospitalario del recién nacido que dé lugar a la ampliación del periodo de descanso, de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del apartado 9 y en el apartado 10, ambos del artículo 8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, a la solicitud del subsidio debe acompañarse preceptivamente documento expedido por el centro hospitalario acreditativo de dicha hospitalización, en el que se especifiquen las circunstancias que, afectando al recién nacido, determinan dicho internamiento, así como las fechas de su inicio y de su finalización. El interesado debe presentar traducción oficial del citado documento.

9º. No es de aplicación la opción en favor del otro progenitor prevista en el artículo 9 ni el informe de maternidad previsto en el artículo 13 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

10º. Maternidad, incapacidad temporal y extinción del contrato. No son de aplicación los apartados 1 y 2 del artículo 10, al referirse a la maternidad biológica. Sí se aplican los apartados 3, 4 y 6. El apartado 5 deviene en no aplicable, al detallarse en la presente consulta qué apartados del artículo 10 son aplicables a la gestación por sustitución con arreglo a la legalidad prevista en un país extranjero.

11º. Efectos económicos del derecho reconocido. El subsidio por maternidad tendrá efectos económicos a partir del día de inicio del periodo de descanso o permiso correspondiente que coincidirá con la fecha del nacimiento del hijo nacido por gestación por sustitución.”

V. CONCLUSIONES

Tratándose, como se trata, el deseo de tener un hijo, de un acto de egoísmo por parte de las personas que así lo quieren, la posibilidad de acudir a un vientre de alquiler para la consecución de tal fin, no es mas que el medio para lograrlo.

Nada tiene que ver aquí el denominado “interés superior del menor”, ya que precisamente con la utilización de esta técnica no se hace mas que conculcarlo. El hecho de acudir a un contrato, formalizado en papel, firmado por ambas partes y gestionado por una entidad intermediaria, con su correspondientes honorarios por la prestación de los mencionados servicios, en la que se establece un precio y unas condiciones de cumplimiento del mismo, deja bien claro que la concepción que del bebé se tiene no es mas que el producto que se compra en virtud de aquel contrato y que la utilización del cuerpo femenino, con su carga genética, en la mayoría de los casos, o sin ella, responde a una mercantilización del mismo. Un verdadero acto de prostitución del cuerpo humano, toda vez que se accede por dinero a un uso del mismo, que de no mediar necesidad, nunca se habría consentido, y mucho menos, se entregaría, en los casos en los que se aporta el material genético, un hijo. En una sociedad, como la actual, en la que todo se compra y se vende, esto no es mas que la compra de lo que, a capricho, se quiere, sin tener en cuenta ni lo que al menor interesa, ni mucho menos, la situación en que se queda la madre gestante. A colación de lo dicho, mencionar el voto particular de la STS de 25 de noviembre de 2016, formulado por Excmo. Sr. Luis Fernando de Casto Fernández, al que se adhiere D. José Luis Gilolmo López: “Porque -no nos llamemos a engaño- lo que está en juego en las presentes actuaciones no es tanto el «interés del menor», cuanto el «status»

de «padres» a los subrogantes en la gestación subrogada tradicional [otra cosa habría de afirmarse sobre la subrogación «gestacional»]. El actor -en el caso de autos- podría obtener el reconocimiento de su derecho y la protección del «interés del menor», invocando el reconocimiento de su paternidad biológica, que la tiene; pero no lo hace, porque lo que pretende con el planteamiento del debate -a lo que se ve- no es prioritariamente defender el interés de las menores que se puede satisfacer por vía alternativa, sino que más bien se reclama -y este es el debate- que a los comitentes de la subrogación se les reconozca, pese a estar prohibida la figura en el derecho español, la cualidad y los derechos de padres biológicos.”

Recordar aquí el conocido como “Escandalo de Baby Gammy” en el que una pareja australiana subrogó el útero de una mujer tailandesa, a los siete meses de embarazo se descubre que la mujer tenía un embarazo de mellizos, niño y niña, y, que aquel, padecía Síndrome de Down, por lo que la pareja pretendió el aborto del niño con este síndrome, aunque la madre se negó a hacerlo por motivos de conciencia, lo que provocó que tras el nacimiento de los bebés, diciembre de 2013, la pareja australiana se llevaron a la niña, sana, y dejaron al bebé, con síndrome de Down con la madre biológica.

Cabe colegir que con este tipo de contrato lo que se adquiere es un bebé, pero además, un bebé con unos determinados requisitos de calidad, en el caso descrito anteriormente, el producto es rechazado porque no es un niño sano, sino diferente, cabría preguntarse si en ese contrato serían admisibles otros motivos de rechazo, como que el bebé no es guapo, o moreno o rubio o que no tiene los ojos de un determinado color.

No hay un derecho a ser padre, pero si que hay una serie de derechos de los menores, si que nuestros ordenamientos jurídicos, nacionales e internacionales, velan por establecer un marco en donde quede garantizado el interés superior del menor, así se dice de forma clara en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuando en su exposición de motivos ya establece que “la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales”, y queda plenamente constatado en su art. 2, denominado, precisamente, “Interés superior del menor” y en el art. 11.2 a) “La supremacía de su interés superior”, y en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, según el cual el interés superior del menor debe de ser concebido como un interés superior de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquier otro consideración en juego.

Por lo tanto, en relación al objeto de esta comunicación, la concesión de la prestación por maternidad, lógicamente esta en línea con el interés superior del menor, porque lejos de satisfacer los deseos de un padre o una madre de estar con su bebé, el ordenamiento jurídico debe abstraerse de este deseo y fijar su foco en el menor, que en esos momentos de su vida está necesitado de una atención constante. Porque esgrimir los argumentos en contra de dicha concesión, lo que supondría una aplicación de la norma literal y formalista, supondría, sin embargo, desconocer la situación real de los menores que nada tienen que ver con el negocio jurídico de trasfondo que ha dado lugar a su nacimiento.

CAPÍTULO VII. LA DIFÍCIL COBERTURA DE LA CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN EL DERECHO EUROPEO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

M^a ANGUSTIAS BENITO BENÍTEZ

*Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: EL DESAFÍO DE ALCANZAR LA COBERTURA SOCIAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN EL ACERVO JURÍDICO EUROPEO

Abordar la atención que los derechos de conciliación han recibido desde la Unión Europea requiere realizar con carácter previo, al menos, dos matizaciones.

La primera de ellas es la premisa máxima de que las decisiones relativas a los regímenes legales de Seguridad Social son competencia de los Estados miembros. Si bien, y pese a la afirmación anterior, no debemos desdeñar la influencia decisiva que sobre los sistemas nacionales de Protección Social se ha alcanzado a través de técnicas *soft law*.

No obstante, y pese a que la Seguridad Social es, en principio, un terreno de competencia exclusiva nacional, el principio de transversalidad de género dispone en esta materia de un concreto instrumento: la Directiva 79/7/CEE, de 19 de noviembre de 1978¹, por la que quedó tutelada la prohibición de la discriminación sexista en materia de Seguridad Social. Lo cierto es que en cualquier estudio que verse sobre el análisis de los derechos de conciliación desde cualquier enfoque, resulta obligado la incorporación en el mismo del principio de igualdad entre mujeres y hombres, principio fundamental de la Unión Europea.

Sin embargo, y pese a la existencia de la mencionada norma comunitaria, deberemos asumir que la misma, por la formulación que presenta su ámbito objetivo, resulta ineficiente para avanzar en el plano de la igualdad efectiva, en especial, en cuanto al contenido del que se deba dotar la función que deba cumplir los sistemas nacionales de Seguridad Social en materia de cuidados. Sabemos que tras una primera fase de depuración de discriminaciones directas en las legislaciones nacionales (si bien, aún son susceptibles de verificar la existencia de tratamientos que merecen tal calificación), su funcionalidad ha quedado reducida al cuestionamiento de regulaciones nacionales susceptibles de ocasionar discriminaciones indirectas por razón de sexo. Su relevancia queda esencialmente dirigida a la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo. El momento histórico de su promulgación justifica la configuración que presenta, pero deberemos cuestionarnos por la respuesta dada desde el plano comunitario a los retos que la evolución experimentada por la igualdad de género ha permitido identificar como ámbitos que permiten un mayor alcance de la igualdad de oportunidades, y la posición que debe adoptar en este contexto la Seguridad Social.

La segunda matización que identificamos la constituye la dirección que han recibido las medidas de acciones positivas, pues las mismas se encuentran intensamente enfocadas hacia el ámbito ocupacional. De lo anterior deriva una dificultad para adoptar medidas de derecho desigual en atención al sexo en el ámbito de la Seguridad Social que vayan más allá de la justificación que permite

¹ Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

atender a la diversidad biológica de la mujer para considerar los roles femeninos en la familia o en la sociedad. En consecuencia, la protección que merece la labor de cuidados y el impulso hacia la individualización en la adquisición de derechos exige una formulación que no sea en términos *gender blind*, en la búsqueda de un mayor equilibrio en la asunción de las responsabilidades familiares. Por lo anterior ha resultado indiscutible la protección que merece la mujer por razón de la maternidad, disponiéndose en el ámbito comunitario desde la década de los noventa de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992². Cuestión diversa es que su contenido deba ser revisado para avanzar en tal cobertura. La última tentativa la constituye la Propuesta presentada por la Comisión Europea en 2008³, que sería aprobada por el Parlamento Europeo en 2010⁴, aunque con enmiendas, lo que obligaría a la Comisión a realizar un nuevo texto de modificación que no avanzaría.

En el proceso de debate se demandaba una reforma legislativa más ambiciosa, considerándose que la Propuesta planteada por la Comisión Europea no alcanzaba “el nivel que convendría tanto para la reducción de las desigualdades entre hombres y mujeres en el mercado laboral como para el fomento de una conciliación activa de la vida profesional y familiar, especialmente porque no promueve una paternidad con responsabilidades compartidas”⁵. La rotunda oposición de ciertos países -entre ellos, Alemania y Reino Unido- paralizaron el proceso de su elaboración, por lo que la Comisión Europea decidió finalmente retirar la propuesta. De tal forma se anunciaría en el anexo II de su Programa de Trabajo para el 2015, lo que finalmente se hizo efectivo en julio del 2015, en cuya comunicación se informaba el propósito de presentar una nueva iniciativa más amplia que siguiera promoviendo los objetivos de la propuesta anterior y ofreciendo un mínimo de protección.

Por lo que respecta a la protección que merezca los cuidados, el primer instrumento llegaría con la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996⁶, cuyo carácter limitado motivaría la aprobación de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010⁷. Se pondría de manifiesto en ella las dos premisas con las que iniciábamos nuestro estudio: la reserva a la discrecionalidad de los Estados miembros de la configuración de la protección social que deseen otorgar a los cuidados; y la formulación de tales derechos desde el enfoque de la promoción de la igualdad. No obstante, el Acuerdo Marco sobre Permiso Parental sí obliga a valorar tales cuestiones en su cláusula quinta advirtiendo en ella de la “*importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de seguridad social de los distintos regímenes*”. También en la consideración décimo novena se dispone que los Estados miembros deberían, “*si resulta apropiado por las condiciones nacionales y la situación presupuestaria, considerar el mantenimiento, sin modificaciones, de los derechos a las prestaciones de la seguridad social que procedan durante la duración mínima del permiso parental*”. Pero y, en todo caso, reiterando que “*todas las cuestiones de seguridad social relacionadas con el presente Acuerdo habrán de ser examinadas y determinadas por los Estados miembros o los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales*”.

Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, que ha discurrido paralelamente a tal acervo normativo, han sido excluyentes de las cuestiones de Seguridad Social. Podemos hacer referencia a la

² Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

³ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia*, COM(2008) 637 final.

⁴ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución legislativa sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia*, de 20 de octubre de 2010, P7_TA(2010)0373.

⁵ COMISIÓN DE DERECHOS DE LA MUJER E IGUALDAD DE GÉNERO, *Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia*, de 5 de marzo de 2010.

⁶ Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

⁷ Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

sentencia asunto Gómez Limón⁸, en el que el Tribunal de Justicia consideró que no suponía un tratamiento discriminatorio por razón de sexo contrario a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de noviembre de 1978, que una normativa nacional, concretamente, la española, llevase a cabo el cálculo de la prestación social de incapacidad permanente de una trabajadora conforme al salario minorado a causa de una reducción en su jornada de trabajo por cuidado de hijos, y no aquel que le hubiese correspondido si se hubiese mantenido en su jornada a tiempo completo sin disminución. Adquiere este supuesto un matiz de especialidad, pues el elemento distorsionador, la reducción de jornada, se conectaba con el ejercicio de un derecho de conciliación. El Tribunal concluiría que, “*el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, [y], en particular, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social en el sentido de la Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, no se opone a que, durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo*”. Posicionamiento coincidente con el de nuestro Tribunal Supremo que, previamente, había denegado la aplicación de las bases por jornadas completas⁹.

Tras la retirada de la propuesta de la Comisión de 2008 destinada a revisar la Directiva 92/85/CEE del Consejo, se anunciaría la intención de preparar una nueva iniciativa con un planteamiento más amplio. Junto a tal precedente infructuoso, otro factor que impulsará los trabajos en tal sentido lo constituiría el *Compromiso Estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019*¹⁰ que, y sin ánimo de entrar de manera exhaustiva en su contenido, contiene como áreas prioritarias: el aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral y la promoción de la igual independencia económica de mujeres y hombres; y, la reducción de las disparidades entre sexos existentes en las retribuciones, los ingresos y las pensiones, para así combatir la pobreza entre las mujeres.

Para alcanzar tales objetivos, y por lo que respecta al grave problema de “acabar con la disparidad entre sexos en el mundo laboral”, se subraya que para ello “habrá que promover el equilibrio entre responsabilidades familiares y profesionales. También se requiere una distribución más equitativa del tiempo dedicado al cuidado de los hijos y del hogar. Deben lograrse los objetivos de Barcelona en materia de cuidado de los niños y los Estados miembros han de reflexionar sobre el modo de hacerlos más ambiciosos y ampliarlos para dar cabida al cuidado de otros familiares dependientes”. Para alcanzarlo se plantean como acciones claves, entre otras: (-) la modernización del marco jurídico actual de la UE, mediante la garantía de un mejor cumplimiento y, si procede, la adaptación de la legislación en materia de permisos y de modalidades de trabajo flexible, previa consulta con los interlocutores sociales, para ofrecer un mejor equilibrio entre la vida profesional y laboral a los padres y a quienes tienen personas a su cargo; (-) la supervisión y apoyo continuo a los Estados miembros para la consecución de los objetivos de Barcelona sobre el cuidado de los niños (anualmente); la consideración de los resultados de una consulta pública sobre el equilibrio entre la vida profesional y familiar; y, la posibilidad de consulta a los Estados miembros y a las partes interesadas sobre el modo de hacer los objetivos de Barcelona más ambiciosos, por ejemplo, incluyendo el cuidado de otros familiares dependientes, la accesibilidad y la calidad.

En cuanto al objetivo de reducir las disparidades entre sexos en retribuciones, ingresos y pensiones para combatir la pobreza entre las mujeres, se subraya la pertinencia de abordar “las causas y consecuencias de la disparidad entre sexos en las pensiones, pues constituye un gran obstáculo para la independencia económica de las mujeres de edad avanzada, que sufren mayor riesgo de pobreza que los hombres”, fijándose como actuaciones claves, entre otras: la prosecución del desarrollo de un conjunto completo de medidas para abordar todas las causas de la disparidad entre sexos en las pensiones, en cooperación con los Estados miembros, incluido el indicador para medirla y

⁸ STJUE de 16 de julio de 2009 (C-537/07).

⁹ STS de 2 de noviembre de 2004 (RCUD núm. 4028/2003).

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016.

supervisarla y medidas para mitigar los factores de diferencias por razón de sexo, por ejemplo en relación con el cuidado de personas.

Surge entonces en 2017 la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE¹¹. Ciertamente se reconoce en su Exposición de Motivos que es la retirada de la propuesta de Directiva destinada a revisar la Directiva 92/85/CEE del Consejo, lo que se encuentra en el origen de tal nueva propuesta, si bien, como tendremos ocasión de incidir posteriormente, entre sus contenidos no se encuentran ninguno relativo a la protección de la maternidad.

Los objetivos marcados en esta Propuesta de Directiva se focalizan en luchar contra la infrarrepresentación femenina en el empleo, respaldar la trayectoria profesional de las mujeres a través de la mejora de las condiciones para conciliar sus tareas profesionales y privadas, a fin de combatir la triple brecha de género: laboral, salarial, y en materia de pensiones.

Nos interesa resaltar la mención expresa a la brecha de género en las pensiones, dado que es la más directamente vinculada a las cuestiones relativas a la Seguridad Social. Al respecto, debemos de indicar que tal brecha se ha convertido en la más reciente expresión de la discriminación por razón de sexo derivada de la situación socio laboral de las mujeres que merece ser atendida. Quepa recordar que el Parlamento Europeo¹² señaló la *“necesidad imperativa de reducir la diferencia entre mujeres y hombres por lo que respecta a los salarios y las pensiones”*, subrayando el aumento de mujeres *“en situación de pobreza y exclusión, particularmente mujeres de edad avanzada (cuya pensión es, de media, un 39 % inferior a la de los hombres)”*. Como reconocía el Consejo de la Unión Europea, *“la brecha de género de las pensiones ha recibido menos atención hasta la fecha que la brecha de género de las retribuciones”*¹³. Y es lo cierto, pues no ha sido sino hasta fechas recientes cuando este fenómeno ha adquirido una individualización propia, que debe ser atendido y eliminado al identificarse que la brecha de género de las pensiones en la Unión Europea alcanza un diferencial medio del 38,5 %, constituyendo uno de los obstáculos *“para la independencia económica de las mujeres en la vejez, momento en que las mujeres también se enfrentan a un mayor riesgo de pobreza que los hombres”*¹⁴.

Desde entonces se refuerza la necesidad de llevar a cabo actuaciones desde una perspectiva tanto curativa como preventiva, esto es, tanto para los pensionistas actuales como futuros. Como líneas de actuación a llevar a cabo en los sistemas nacionales de Seguridad Social, se sugiere incidir en los posibles sesgos de género de los regímenes de pensión, para lo cual se subraya la importancia de proceder a la realización de evaluaciones del impacto de género previas a la adopción de las reformas; así como, la adopción de medidas que *“mitiguen los impactos negativos de las interrupciones laborales debidas a las responsabilidades familiares, el trabajo a tiempo parcial y la progresión salarial lenta en los derechos de pensión”*¹⁵.

En la argumentación justificativa (Exposición de Motivos de la Propuesta) de lo imperioso que resulta la adopción de una Directiva en materia de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales, se incide en que el foco de actuación de la misma se encuentra dirigido a luchar contra la múltiple brecha de género mencionada: *“la brecha laboral de género en el mercado de trabajo afecta sobre todo a los progenitores y demás personas con responsabilidades familiares. En 2015, la tasa media de empleo de las mujeres con un hijo menor de seis años se situó un 9 % por debajo de la correspondiente a las mujeres sin hijos de corta edad, llegando la diferencia a superar el 30 % en algunos países. Además, hay muchas más probabilidades de que las mujeres asuman el papel de*

¹¹ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo*, COM(2017) 253 final.

¹² PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre los progresos en la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2013*, de 10 de marzo de 2015 (2014/2217(INI)).

¹³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Igualdad de oportunidades de ingresos para los hombres y las mujeres: reducir la brecha de género de las pensiones*, Bruselas, 19 de junio de 2015, p. 4.

¹⁴ *Ibidem.*, p. 4.

¹⁵ *Ibidem.*, p. 7.

cuidadoras informales de familiares mayores o dependientes que los hombres. También hay muchas más probabilidades de que las mujeres trabajen a tiempo parcial debido a sus responsabilidades familiares. Esta situación contribuye de manera sustancial a la brecha salarial de género (que en algunos Estados miembros alcanza el 28 %), cuya acumulación a lo largo de la vida laboral da lugar a una brecha de género en materia de pensiones (40 % de media en la UE), generando un riesgo más elevado de pobreza y exclusión social para las mujeres, en particular a edades avanzadas. Las perspectivas de futuro en la hipótesis de referencia muestran que, si la UE no interviene, no se abordarán como es debido los problemas enunciados. Se prevé que la brecha laboral de género siga aumentando, hasta alcanzar 9 puntos porcentuales en 2055”.

II. ¿UNA NUEVA OPORTUNIDAD?: FORTALEZAS Y DEBILIDADES DESDE UN ACERCAMIENTO A LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL DE LOS PROGENITORES Y LOS CUIDADORES DE ABRIL DE 2017

La Propuesta de Directiva parte del reconocimiento expreso del fracaso del Acuerdo Marco sobre Permiso Parental, indicando que el mismo no ha permitido alcanzar “de manera suficiente el objetivo de lograr la conciliación de la vida familiar y la vida profesional por medio de un reparto más equitativo de las tareas laborales y familiares entre hombres y mujeres. El diseño actual del permiso parental no permite que ambos progenitores se acojan a él de manera equitativa, por lo que la gran mayoría de quienes lo disfrutan son mujeres. Esto se debe principalmente a que en muchos Estados miembros este permiso no va acompañado de una remuneración, y a la norma que permite que un progenitor transfiera la mayoría de su derecho al otro progenitor”.

Como objetivo general de la Propuesta de Directiva se reconoce que el mismo se dirige a garantizar la implementación del principio de igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y el trato en el trabajo. Y, como objetivos específicos: mejorar el acceso a medidas para conciliar la vida familiar y la vida profesional, como los permisos o las fórmulas de trabajo flexible; y aumentar la frecuencia con la que los hombres se acogen a permisos relacionados con la familia y a fórmulas de trabajo flexible. Sin embargo, la doctrina especializa reprocha a la Propuesta su reticencia a no “establecer con total rotundidad que una discriminación por razón de conciliación sea una discriminación por razón de sexo ante el empresario. [...] Se reconoce, pues que esta prohibida la discriminación por conciliación, pero como causa autónoma, sin que quede expresamente vinculada a la discriminación por razón de sexo. [...] Es una dificultad que debiera estar ya superada, porque es sabido que pueden ser objeto de discriminación indirecta por razón de sexo tanto las mujeres como los hombres”¹⁶.

Ya dijimos que la igualdad entre hombres y mujeres constituye un principio fundamental en la Unión Europea. Además, los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíben toda discriminación por razón de sexo y requieren que la igualdad entre hombres y mujeres este garantizada en todos los ámbitos, incluida la conciliación entre la vida profesional y la familiar.

Entre las medidas más destacables que se incluyen en la Propuesta para alcanzar los objetivos identificados se encuentran las siguientes: la creación de un permiso de paternidad durante un breve período, que no debe ser inferior a diez días laborables, con ocasión del nacimiento de un hijo; un permiso parental con el que se pretende superar las deficiencias de la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, y para ello se formula con una duración de cuatro meses, intransferible, introduciendo más flexibilidad por lo que respecta a la forma que puede adoptar el permiso parental (tiempo completo o tiempo parcial, u otras formas flexibles), y garantizando la percepción de una prestación económica; un nuevo derecho anual para que los trabajadores puedan acogerse a un

¹⁶ BALLESTER PASTOR, M.A., “La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea 1/de 26 de abril de 2017”, *Lan Harremanak*, núm. 38, 2017, p. 73.

período de ausencia del trabajo durante cinco días en caso de enfermedad grave o de dependencia de un familiar; mantiene el derecho ya existente de los trabajadores a ausentarse del trabajo en supuestos de fuerza mayor; y, finalmente, añade como fórmula de trabajo flexible la posibilidad de trabajo a distancia.

Por lo que respecta a la actuación que quepa esperar del sistema de Seguridad Social en la protección que merecen los derechos de conciliación, tradicionalmente se ha distinguido tres niveles¹⁷: uno mínimo, que se identifica con aquella cobertura que configura el periodo destinado al ejercicio del derecho de conciliación como asimilado al alta a los efectos de acceder a las diversas prestaciones: otro medio, mediante el cual el período durante el que se extienda el ejercicio del derecho de conciliación se consideraría como cotizado a la Seguridad Social; y el máximo, que consistiría en el reconocimiento de una prestación económica de la Seguridad Social. Con la situación alcanzada en España no se ha dudado en afirmar que “la consecución de los niveles mínimo y medio de protección se ha conseguido tras una tortuosa evolución normativa existiendo aún ciertas salvedades, mientras el nivel máximo de protección es casi desconocido”¹⁸. La carencia de una cobertura social plena en los tres niveles constituye el déficit más trascendental en el modelo español de los derechos destinados a la conciliación de media y larga duración, lo que hace tambalear la efectividad del principio de continuidad de la carrera profesional en términos laborales pero también cotizatoria o asegurativa.

1. EL PERMISO DE PATERNIDAD

La creación de un permiso de paternidad se presenta, quizás, como la panacea de la Propuesta de Directiva, pero aún si así lo fuera debemos de recordar que se trata de una medida ya planteada por el Parlamento Europeo como enmienda a la Propuesta de Directiva sobre el Permiso de Maternidad.

De este modo, y ante la ausencia de un marco jurídico a nivel de la Unión Europea y de los Estados miembros sobre tal permiso de paternidad, la Propuesta de Directiva relativa a la Conciliación retoma tal instrumento como vía que fomente que los hombres asuman la misma cantidad de responsabilidad familiares que las mujeres: “el desequilibrio en el diseño de disposiciones sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres puede, por tanto, incrementar las diferencias de género en materia laboral y familiar. Por el contrario, ha quedado demostrado que cuando los padres se acogen a fórmulas que permiten conciliar la vida familiar y la vida profesional, como son los permisos, esto tiene un impacto positivo en su implicación en la educación posterior de los hijos, en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado que recae sobre las mujeres y en dejar a las mujeres más tiempo para dedicarse al empleo remunerado”. A fin de evitar cualquier tipo de discriminación entre parejas casadas y no casadas, así como entre parejas heterosexuales y homosexuales, el derecho al permiso de paternidad debe concederse con independencia del estado civil o familiar con arreglo a la definición del Derecho nacional.

Se trata de garantizar que en los Estados miembros los padres puedan acogerse a un permiso durante un breve período, que no debe ser inferior a diez días laborables, con ocasión del nacimiento de un hijo. Este permiso debe disfrutarse en torno al momento del nacimiento y ha de estar claramente vinculado a tal acontecimiento. Y, como contenido del mismo que garantiza su ejercicio, se establece que deberá ser remunerado como mínimo al nivel de la baja por enfermedad.

Por lo que respecta a la repercusión que la adopción definitiva de tal propuesta podría implicar para España, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico presenta en la actualidad una

¹⁷ PANIZO ROBLES, J.A, “La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 34, año 2002, p. 48.

¹⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F., *El Derecho Fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 415.

absoluta acomodación a la configuración de esta medida. Sabemos que en España la creación del permiso de paternidad tuvo lugar con la LOIEMH con una duración de trece días, que sería ampliado para alcanzar cuatro semanas ininterrumpidas, “*en aras a una política positiva hacia la figura del padre, que permita incentivar la implicación de los hombres en las responsabilidades familiares*” por la Ley 9/2009, de 6 de octubre¹⁹. Sin embargo, la entrada en vigor de tal ampliación sería suspendida anualmente por las sucesivas LLPGE. Finalmente y, de manera inesperada, el 1 de enero de 2017 entraría en vigor la totalidad de la duración del permiso de paternidad. El último impulso ha tenido lugar con la LPGE para el año 2018²⁰ (a través de su disposición final trigésima octava), que ha ampliado en una semana el permiso de paternidad, pasando a disponer de una duración de cinco semanas, cuya entrada en vigor tuvo lugar a partir del día 5 de julio²¹.

2. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

Como se ha comentado, pese al fracaso de la Propuesta de Directiva sobre el Permiso de Maternidad parecía que del proceso de negociación llevado a cabo hasta su efectiva retirada se extraía el consenso de que, para avanzar en la igualdad e género y en la conciliación de la vida familiar y profesional, era necesario un marco coherente que englobase tanto al permiso de maternidad, como aquellos otros parentales destinados a los cuidados. Sin embargo, la Propuesta de Directiva abandonaría tal perspectiva, pues en el texto no se incorpora medida alguna destinada a reforzar los derechos vinculados a la maternidad. Se trata de una oportunidad perdida, porque además se estaría reforzando la desconexión legislativa existente en la formulación de los dos principales pilares de todo este entramado -la protección de la maternidad y los cuidados- ciertamente compleja por la interpretación dada al permiso de maternidad por el Tribunal de Justicia, necesaria, desde nuestra opinión, de una profunda reformulación para lograr un marco más coordinado, como decimos, con la conciliación de responsabilidades.

En efecto, el enfoque de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, dirigido principalmente a procurar protección a la mujer durante su embarazo, tras el parto y durante la lactancia, establece un permiso en el que es identificable un periodo de disfrute obligatorio, dirigido a la recuperación de la salud de la madre, y otro de carácter voluntario, que sólo resulta forzoso para el empresario, y que únicamente podía tener como fin el de favorecer a los cuidados del nacido. Esta duplicidad de objetos identificables originó un debate sobre cuál sería el fundamento que permitiría justificar una titularidad exclusiva de la mujer en ambos momentos. La sentencia recaída en el asunto Hofmann vendría a resolver la identificación del objeto protegido por la normativa comunitaria, indicando que estamos ante un derecho cuya virtualidad se extiende más allá del periodo destinado a la recuperación de la salud, para garantizar igualmente la protección “*de las especiales relaciones entre una mujer y su hijo que se produce en el periodo de tiempo posterior al embarazo y al parto*”²². Sin embargo, se cuestionaba si con ello el Tribunal estaría mutando el periodo de descanso voluntario, introduciendo dentro de la protección de maternidad contenidos que no derivan del hecho biológico, sino de consideraciones sociales. Se deducía de tal razonamiento una cierta complacencia por parte del órgano comunitario en el mantenimiento del reparto de roles que, sin embargo, ha subsistido prácticamente inmune hasta la actualidad -entre otros, con el asunto asunto Roca Álvarez²³-.

¹⁹ Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida.

²⁰ Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

²¹ Se encuentra planteado, y admitido a trámite, un Recurso de Amparo en el que, apoyado por la plataforma PPiiNA, se demanda la equiparación temporal del permiso de paternidad al de maternidad. Los argumentos dados por el TC para su admisión son: “1º. - Porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2, b)]. 2º La posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general [STC 155/2009, FJ 2,c)]. 3º El asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica relevante y de general repercusión social”

²² STJCE de 12 de julio de 1984, asunto Hofmann (C-184/83).

²³ STJUE de 30 de septiembre de 2010 (C-104/09).

Lo cierto es que es esta confusión de bienes jurídicos protegidos, y la justificación dada para mantener la titularidad exclusivamente femenina durante todo el periodo del permiso de maternidad, lo que resulta imperativo superar. Como hemos mencionado anteriormente, las prerrogativas concedidas a la mujer por razón de circunstancias biológicas resultan legítimas no solo porque atienden a la protección de la salud, también porque su configuración debe realizarse desde el principio de igualdad, “ambas ópticas deben así ser integrada a través de la construcción de un nuevo modelo de género donde la maternidad sea origen de auténticos derechos que salvaguarden la salud de las trabajadoras a la vez que garanticen que su decisión de ser madres no les supondrá ningún perjuicio”²⁴. Se configura de este como una medida de igualdad de oportunidades. Sin embargo todo aquello que excede de tal justificación, encontrándose entonces en la esfera de lo que resulta necesario para hacer factible la conciliación, deberá configurarse desde la óptica de la corresponsabilidad y, por ello, en igualdad entre mujeres y hombres. Por todo lo anterior, y tras la depuración a la que debe ser sometida, como precisamos, en coherencia con el modelo de permisos parentales que se decida construir, la protección de la maternidad deberá mantenerse. La garantía que se ofrece desborda la concesión de un periodo remunerado destinado a la recuperación física y psicológica de la mujer, pues el mismo constituye un modelo de protección antes, durante, y tras el parto, en cuya situación únicamente, y por ahora, sólo puede encontrarse la mujer -en este sentido, por ejemplo, si se elimina la especial consideración de la maternidad biológica, en el ordenamiento español desaparecería igualmente el fundamento jurídico que permitió crear el supuesto especial de maternidad en el sistema de Seguridad Social-. En consecuencia, cualquier avance en el permiso de paternidad y en los permisos parentales a fin de mejorar su cobertura, dirigido en todo caso por el principio de igualdad de género, no puede hacer obviar que este mismo principio exige atender y proteger la diversidad, siempre que el tratamiento a dispensar se encuentre justificado en motivos objetivos y razonables, considerando que la maternidad biológica es un ejemplo de ello. Modelo de protección de la maternidad que a nivel europeo y nacional debe preservarse pero continuando avanzando, en los términos ya precisados, también en cuanto a su contenido.

Y, precisamente, en relación con la cobertura protectorista de este mecanismo debemos hacer referencia a algunas de las enmiendas que se presentaría por el Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva sobre el Permiso de Maternidad²⁵, puesto que las mismas nos ponen de manifiesto que en relación con la protección de la maternidad queda aún camino por recorrer.

En primer lugar, se proponía la ampliación de la duración del permiso de maternidad, planteando un permiso de maternidad que se dilatara hasta las veinte semanas, considerando que tal periodo es “suficientemente largo para que las mujeres puedan dedicarse tranquilamente a la lactancia -método que la OMS recomienda con carácter exclusivo para la alimentación de los recién nacidos-, y les da el tiempo suficiente también para recuperarse del parto y crear vínculos sólidos con el niño”. El texto de la Propuesta de Directiva sobre el Permiso de Maternidad elaborado por la Comisión proponía un permiso de maternidad que pasaba de las catorce semanas (dos de las cuales son obligatorias antes o después del parto) con arreglo a la actual por la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992 a, como mínimo, “dieciocho semanas ininterrumpidas, antes y/o después del parto” y obligatorio un permiso de maternidad de “al menos seis semanas después del parto”, invocando entonces que tal propuesta correspondía a la duración del permiso prevista en la Recomendación sobre la protección de la maternidad de la OIT, adoptada en 2000, que busca una mejora general de la salud y seguridad de las mujeres que dan a luz, buscando tal incremento en la duración del permiso de maternidad, permitir a las mujeres recuperarse del embarazo y del parto, pasar más tiempo con sus hijos y prolongar el período de lactancia²⁶. Quepa recordar al respecto que el Convenio de la OIT sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), no ratificado por España, exige un periodo de

²⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F., *El Derecho Fundamental a la igualdad efectiva...*, op.cit., pp. 382 y 383.

²⁵ COMISIÓN DE DERECHOS DE LA MUJER E IGUALDAD DE GÉNERO, *Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo...*, op.cit.

²⁶ Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo..., op.cit., p. 8.

14 semanas como mínimo, de los cuales un período de seis semanas de licencia obligatoria deberá ser posterior al parto. Además, la OIT en relación con la duración de la licencia de maternidad ha declarado que “cuando dicha licencia es demasiado breve, las madres pueden no sentirse preparadas para retomar la vida laboral, y tal vez abandonen la fuerza de trabajo. Ahora bien, unos periodos muy prolongados de licencia o licencias parentales que acaban siendo tomadas solo por las mujeres, en especial si no hay protección del empleo, también pueden afectar a la participación de las mujeres en el trabajo o a su promoción en el empleo remunerado, con las consiguientes penalizaciones salariales”²⁷.

En segundo lugar, la propuesta dirigida al reconocimiento por parte de los Estados miembros de la depresión puerperal como enfermedad grave. Se indicaba que el objetivo de tal planteamiento era luchar contra los prejuicios y el riesgo de estigmatización relacionados con este trastorno, pues se trata de un trastorno que sufren entre el 10 % y el 15 % de las mujeres y que repercute considerablemente en su vida profesional y familiar²⁸. Junto a tal iniciativa de mejora, consideramos que, por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, resulta necesario ampliar el espectro de protección que actualmente se concede, en el sentido de que las alteraciones de la salud provocadas por el parto que se mantengan más allá del ámbito de protección del permiso obligatorio de maternidad (actualmente cifrado en seis semanas) requieren de un tratamiento específico -ya sea, por ejemplo, a través de un instrumento creado *ex novo*; a través de la dilatación de tal periodo obligatorio destinado a la recuperación física y psicológica de la mujer; bien sea, alterando los requisitos y condiciones de disfrute de la incapacidad temporal a fin de facilitar su disfrute-, de forma que se evite, como sucede ahora, una cobertura de esta contingencia que provoca el consumo del periodo voluntario del permiso de maternidad, entendiéndose por aquel destinado al cuidado del recién nacido, lo que nos resulta reprochable²⁹.

En tercer lugar, planteaba un permiso de maternidad en el que era posible discernir dos periodos, uno obligatorio y otro voluntario, requiriendo que el periodo de seis semanas de permiso de maternidad obligatorio se aplicara a todas las trabajadoras, independientemente del número de días trabajados antes del parto. Tal propuesta supondría la legitimación, a nivel europeo, de nuestro supuesto especial de maternidad, generador de un subsidio de naturaleza no contributiva cuya creación vino impulsada, cabe recordar, por la LOIEMH.

A todas las anteriores medidas se le une las previsiones relacionadas con la protección económica que se considera debe percibirse durante tal periodo. En efecto, y al respecto se reclamaba que tal periodo obligatorio debía ser retribuido, señalando que el pago del salario íntegro durante el permiso de maternidad constituye una garantía de que las mujeres no sufran un perjuicio económico si deciden tener hijos. Para ello, la enmienda propuesta señalaba que la prestación “*se considerara equivalente cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, al último salario mensual o a un salario mensual medio. La trabajadora en permiso de maternidad recibirá la totalidad del salario y la prestación equivaldrá al 100 % del último salario mensual o del salario mensual medio. Los Estados miembros podrán determinar el periodo para el cálculo de este salario mensual medio*”, sin que pueda “*ser inferior en ningún caso a las recibidas por dichas trabajadoras en caso de una interrupción de su actividad laboral por motivos de salud*”. Si bien estos contenidos se vieron frustrados, es pertinente que el legislador español se cuestione si el

²⁷ OIT, *La maternidad y la paternidad en el trabajo: la legislación y la práctica en el mundo*, 2014.

²⁸ COMISIÓN DE DERECHOS DE LA MUJER E IGUALDAD DE GÉNERO, *Segundo Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo...*, op.cit.

²⁹ Destacamos el art. 10.1.1º y 10.3.1º, respectivamente, del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural: “*agotado el periodo de descanso por maternidad, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria como consecuencia del parto y se encontrase incapacitada para el trabajo, se la considerará en situación de incapacidad temporal debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, si cumple los requisitos exigidos y sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad*”; “*durante el descanso por maternidad no procederá, excepto en el supuesto contemplado en el párrafo siguiente, el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales sobrevenidas durante dicho periodo. Agotado éste, si la interesada necesitase asistencia sanitaria, se encontrara impedida para el trabajo y cumpliera los requisitos exigidos, se iniciará la situación de incapacidad temporal que corresponda*”.

contenido económico del que actualmente disfruta el subsidio especial -“la cuantía de la prestación será igual al 100 por ciento del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento [...]”- cumpliría con los requerimientos del Parlamento Europeo, en especial, por la regla del cálculo de la cuantía.

Ligado con lo anterior, merece igualmente especial atención las previsiones relacionadas con el impacto del disfrute de este instrumento sobre los derechos de pensión. A tal efecto, su propuesta de garantizar no solo una retribución adecuada sino similar a la que se percibía y además suficiente, venía acompañada de previsiones a fin de impedir que tal disfrute repercutiese sobre los derechos previsionales futuros, señalando que “los Estados miembros deberán prevenir esta posibilidad y compensar la posible pérdida de derechos de pensión”; para ello, la enmienda indicaba que “el periodo de permiso de maternidad no debe perjudicar los derechos de pensión de la trabajadora y debe contabilizarse como periodo de empleo a efectos de derechos de pensión; las trabajadoras no sufrirán perjuicio alguno en sus derechos de pensión a causa del permiso de maternidad”. Hemos tenido ocasión de analizar las consecuencias que, en la doctrina del Tribunal de Justicia, genera la inexistencia de compromisos mínimos en tal sentido -nos referimos al asunto Gómez Limón-. Sin embargo, tal desiderátum parece ser inalcanzable, es por ello que paralelamente se deberá trabajar en ámbitos no pertenecientes al *hard law* de la Unión Europea, por otro lado, no desconocido. Ya mencionamos la reducción de la brecha de género en las personas constituye un área prioritaria del *Compromiso Estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019*, desde la identificación de este fenómeno se insta por la adopción de medidas que permita la reducción de tal disparidad, de ahí la importancia de que se incluyan garantías en una norma comunitaria.

En España la promoción por las instituciones europeas de medidas que hagan frente al diferencial de género en las cuantías de las pensiones que se detecta en los Estados miembros, llevaría a al creación del complemento por maternidad (art. 60 LGSS).

Este instrumento se concede como compensación a la “*aportación demográfica a la Seguridad Social*”. Argumento que siendo loable, pues se trata de una ampliación en la concepción tradicional de las cotizaciones, que deja de estar exclusivamente conectada con el empleo para considerar como tales las aportaciones de naturaleza social, quiebra al focalizar su atención en la maternidad, criterio que le permite restringir su alcance subjetivo únicamente hacia las mujeres. Y es que la utilización de un término, como lo es la maternidad -“*complemento por maternidad*”-, no permite albergar todas las implicaciones que para las personas generan la incorporación de un nuevo miembro, hijos/as, en la familia, pues son los cuidados que requieren los que apartan al sujeto que los asume del ámbito laboral, voluntaria o involuntariamente a causa de los roles de género, y es sobre esto último donde se encuentran los actuales retos de la igualdad de oportunidades. En consecuencia, el ámbito de actuación debe focalizarse en los cuidados, el cual debe responder a las exigencias derivadas de la propia evolución del principio de igualdad de género. Acotar tal expresión a su exclusiva identificación con la maternidad conlleva, además de una incertidumbre sobre su funcionalidad, que nos resulta confusa, al riesgo de incentivación, no tanto del abandono femenino del mercado de trabajo, pues al menos dos de las tres prestaciones beneficiarias requieren una vinculación laboral en mayor o menor intensidad, sino más bien un enquistamiento de la segregación existente en el acceso y/o mantenimiento en el mercado laboral.

Consideramos que son los impactos negativos que ocasionan los cuidados lo que trata de paliar esta actuación. Sin embargo, la adopción oportunista de la maternidad exige forzar una interpretación sobre la finalidad de la norma que se va desplomando por las disfuncionalidades que provoca su aplicación. El mecanismo parte de la presunción de que tener hijos ha conllevado una necesaria atención a su educación y cuidados que, reflejadas a lo largo de su vida laboral, repercute en la cuantía de la pensión a disfrutar. Desde este posicionamiento, tal instrumento debería de haber sido formulado desde los postulados de la conciliación, y al respecto deberemos de señalar que la medida no supera las premisas fundamentales en las que actualmente se basa la doctrina comunitaria,

lo que ha conllevado que la doctrina especialista adelante la posible vulneración directa de la prohibición de la discriminación por razón de sexo que genera el complemento por maternidad³⁰.

3. EL PERMISO PARA CUIDADORES

La Propuesta de Directiva incorpora como novedad un, denominado, permiso para cuidadores, consistente en el derecho a disfrutar de “*al menos cinco días laborables al año por trabajador*”. Para delimitar el sujeto que podrá ejercer tal derecho, así como, las situaciones protegidas contempladas, debemos acudir al art. tercero que nos define lo que deberá entenderse por «cuidador» -que será aquel “*trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda en caso de enfermedad grave o dependencia de un familiar*”-; «familiar» -será el “*hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho están contempladas en el Derecho nacional*”-; y «dependencia» -se define como aquella “*situación en la que una persona necesita cuidados, con carácter temporal o permanente, debido a una discapacidad o a un problema médico serio distinto de una enfermedad grave*”-.

El motivo declarado que subyace en la introducción de este derecho es el entendimiento que “la mejora de las posibilidades de que los trabajadores disfruten de un breve período de permiso para ocuparse de un familiar puede contribuir a mejorar su conciliación de la vida familiar y la vida profesional y, al mismo tiempo, evitar que abandonen por completo el mercado de trabajo”. Si bien pese a que podamos recibir favorablemente este instrumento, en la medida en que permite hacer frente a situaciones espontáneas de necesidades de cuidados, lo cierto es que la legitimación de los derechos de ausencias depende del fortalecimiento de los servicios públicos de cuidado de personas dependientes. En este sentido se ha subrayado lo necesario de “seguir realizando esfuerzos para garantizar que haya suficientes estructuras de acogida de larga duración a fin de responder a las necesidades crecientes y que se prevean fondos europeos para crear servicios de cuidados de larga duración”³¹.

El contenido del permiso para cuidadores podemos ponerlo en relación con el previsto en el art. 7 que regula la ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor el cual, siguiendo la estela de lo previsto en la Directiva 2010, dispone que los trabajadores tendrán derecho a “*ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente, que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Los Estados miembros podrán limitar el derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor a un tiempo determinado por año o por caso, o por año y por caso*”. Consideramos que entre ambos existe cierta vinculación en la medida en que, ciertamente, de la mínima redacción que presenta el permiso para cuidadores este último parece presentarse como una medida que atiende una situación específica de fuerza mayor.

El ordenamiento jurídico español no dispone en la actualidad de un instrumento con el que se satisfaga el permiso para cuidadores. El actual permiso que concede el art. 37.3.b) del ET -“*dos días por el [...], accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días*”- no se ajusta a lo exigido por la Propuesta, ni para entender cubierto el permiso para cuidadores, ni tampoco el derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor, respecto del cual nuestra legislación sigue incumplimiento la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010.

Se presenta entonces con carácter urgente la activación de nuestro ordenamiento a fin de cumplir con la trasposición del Acuerdo Marco sobre Permiso Parental. Por lo demás, la aprobación de la Directiva implicaría para nuestra legislación la creación de medidas a fin de dar contenido al permiso para cuidadores, respecto del cual, el art. 8 garantiza durante su disfrute que el mismo venga

³⁰ BALLESTER PASTOR, M.A., “El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la unión europea”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, núm. 1, 2016.

³¹ COMITÉ EUROPEO DE LAS REGIONES, *La conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores*, (2018/C 164/11).

acompañado de una protección económica ya sea remuneración o una prestación económica, que sea equivalente al menos a la que recibirían en caso de baja por enfermedad.

4. EL PERMISO PARENTAL

Junto con el permiso de paternidad, otra de las más relevantes innovaciones en la Propuesta de Directiva la constituye el nuevo contenido dado al permiso parental. Reconociéndose que el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental ha sido insuficiente para permitir que ambos progenitores ejerzan sus derechos en términos de igualdad, se señala como principal motivo de tal fracaso la no garantía por la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010 de una prestación económica durante el disfrute del permiso parental, razón por la cual, “muchas familias no pueden permitirse acogerse a él”; y las fugas en la intransferibilidad con la que debe configurarse los derechos conciliatorios, lo que ha impedido que “los padres se impliquen más en las responsabilidades familiares. Los datos ponen de manifiesto que la mayoría de los padres no aprovechan su derecho al permiso parental y transfieren una proporción considerable de este a las madres”³².

Con tales premisas, y sobre la base de lo ya existente en el Acuerdo Marco sobre el permiso parental que ya establece unos derechos individuales, la Propuesta de Directiva contiene ahora que en sus dos primeros apartados que: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores tengan un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de al menos cuatro meses antes de que el hijo alcance una determinada edad, que será, como mínimo, de doce años. 2. Cuando los Estados miembros permitan que uno de los progenitores transfiera su derecho al permiso parental al otro progenitor, se asegurarán de que al menos cuatro meses no puedan ser transferidos”. Por su parte, el art. 8, titulado “ingresos adecuados”, dispone que los Estados miembros garantizarán que los trabajadores que ejerzan su derecho a disfrutar del permiso de paternidad, del permiso parental, y del permiso para cuidadores “reciban un remuneración o una prestación económica adecuada equivalente al menos a la que recibirían en caso de baja por enfermedad”.

En España, como sabemos, la llegada de la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo, tuvo lugar tras la creación en nuestro ordenamiento, por la LOIEMH, del permiso de paternidad, por lo que se planteaba si la trasposición de tal normativa comunitaria se cumplía con tal medida. Sin embargo, tal permiso no se presentaba como la vía adecuada, identificándose entonces a los mecanismos de reducción de jornada por motivos de cuidado (artículo 37.6 ET) y, en especial, a la excedencia destinada a favorecer la asunción de responsabilidades familiares (artículo 46.3 ET), como los instrumentos a través de los cuales la legislación española cumple con los requerimientos europeos.

Como señalábamos, si una de las razones que se identifica como factor que ha generado la ineficiencia del Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental sería la carencia de una protección económica, la Propuesta incorpora la garantía de un subsidio económico definiendo, además, lo que debe entenderse como ingreso adecuado, considerando por tal a aquel que sea equivalente a la que recibiría en los supuestos de baja por enfermedad.

La homogeneidad con la que se trata los ingresos en los tres tipos de permisos -paternidad, parental y el de cuidadores- ha sido catalogada como una garantía excesiva³³ en la medida que la ausencia de diferenciación entra en colisión con la extensa duración con la se configura los permisos parentales en determinadas legislaciones nacionales, lo que puede ser contraproducente en el sentido apuntado tradicionalmente por los postulados feministas respecto de las consecuencias de promover los derechos de conciliación de ausencia, frente aquellos que permiten la presencia en el trabajo. El texto de la Propuesta parece exigir en su art. 8 la remuneración durante toda la duración con la se configura en los Estados miembros tal permiso parental, sin limitarlo a los 4 meses que como mínimo se exige en el artículo 5. Lo que, además, en caso de la aprobación de la Directiva, puede

³² COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar...*, *op.cit.*

³³ BALLESTER PASTOR, M.A., “La conciliación de responsabilidades...”, *op.cit.*, p. 77.

promover que los Estados que tuviesen que crear *ex novo* instrumentos para transponerla limitaran la duración del permiso parental a la mínima exigida.

Nuestro ordenamiento no dispondría en la actualidad de instrumentos con los que se pudiesen entender traspuesta la potencial Directiva en lo que respecta al permiso parental. Como hemos mencionado, la Propuesta requiere que los Estados miembros garanticen a los trabajadores un permiso de, al menos, cuatro meses antes de que el hijo alcance, como mínimo, doce años de edad. El único instrumento que en el ordenamiento español es susceptible de cumplir tal exigencia es la reducción de jornada por motivos de cuidado, dado que la actual configuración de las excedencias destinadas al cuidado de hijo encuentra una limitación temporal para su disfrute, esta es, que el cómputo de su duración (no superior a tres años) empezará a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa -no nos parece que la excedencia para el cuidado de familiares cumpla adecuadamente la finalidad de la Propuesta pues, la misma esta destinada al cuidado del familiar que lo requiere por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo-. Pero, entonces, surge un nuevo problema, y es que en tal caso, no se garantizaría un permiso parental a tiempo completo, porque el mismo, por definición siempre lo será a tiempo parcial (lo que resulta exigible con la literalidad que actualmente presenta la Propuesta no del apartado primero del art. 5, sino del sexto -“*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores también tengan derecho a solicitar el permiso parental a tiempo parcial, en bloques separados por períodos de trabajo o con arreglo a otras formas flexibles?*”).

Y, junto a todo lo anterior, sea cual sea el instrumento que se quiera utilizar de los disponibles en la actualidad, se deberá superar un déficit indiscutible: ningún derecho de conciliación español dispone de una cobertura económica. En efecto, y dejando a un lado el permiso de lactancia y el permiso por hospitalización de neonato (pues ambos reciben una retribución salarial a cargo del empresario), en nuestra regulación social sólo un derecho de conciliación recibe una prestación económica de Seguridad Social, este es, la reducción de jornada de la que se puede disfrutar durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente (art. 37.6.3º ET). Este es el único derecho de conciliación que ha alcanzado el nivel máximo de protección. La aprobación definitiva de la Directiva, con el contenido que actualmente presenta, supondría una convulsión para el sistema de Seguridad Social, hasta ahora extremadamente reacio a conceder concesiones a los derechos de conciliación, tanto económicas como no económicas.

No obstante lo anterior, se trata de un contenido proteccionista cuya formulación se ha discutido en las primeras enmiendas presentadas, lo que ciertamente era previsible, como lo es la dificultad de que las mismas sean superadas. En consecuencia, y bajo la argumentación de que la Seguridad Social en los Estados miembros es competencia nacional, el texto que se propone matiza que la remuneración o la prestación económica adecuada sea fijada “*conforme a los distintos sistemas de seguridad social de los Estados miembros*”, mediante la legislación o negociaciones colectivas, ofreciéndoles la posibilidad de definir las modalidades precisas³⁴.

Finalmente, debemos señalar una carencia en todo lo anteriormente señalado, de gran trascendencia en el sistema de Seguridad Social. Se trata de la falta de previsión sobre la relevancia que adquiere la cobertura de la repercusión que genera el ejercicio de los derechos conciliatorios sobre las carreras asegurativas de las personas y, por derivación, sobre los derechos prestacionales que ofrece los sistemas nacionales de la Seguridad Social en general, sobre el sistema de pensiones en lo específico. Llama la atención la ausencia de medidas al respecto cuando, precisamente, uno de los objetivos declarados de la Propuesta es luchar contra la brecha de género en las pensiones; más aún, cuando recordamos ahora, como hemos comentado anteriormente, que el Parlamento Europeo en

³⁴ COMITÉ EUROPEO DE LAS REGIONES, *La conciliación de la vida familiar...*, *op.cit.*

relación con la Propuesta de Directiva sobre el Permiso de Maternidad ya había adoptado tal compromiso, advirtiendo lo relevante que resulta para las trabajadoras que durante el permiso de maternidad no les supongan desventajas en materia de derechos de pensión, óptica que se abandona completamente con la actual Propuesta de Directiva. Nivel intermedio de protección que no ha sido completado por España, en la medida que, si bien, el periodo de suspensión por el ejercicio de una excedencia dirigida al cuidado de menores, sí cuenta con una plena cobertura cotizatoria; ni la excedencia destinada a familiares, ni la reducción de jornada ha completado tal garantía.

CAPÍTULO VIII. PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA EN EL MARCO DE UN DESPIDO COLECTIVO. LA SENTENCIA DEL TSJUE DE 22 DE FEBRERO DE 2018 (ASUNTO C-103/16)

AURELIA CARRILLO LOPEZ

Doctora en Derecho

Fiscal Sustituta del TSJ de Murcia

I. INTRODUCCION

La protección del embarazo en la jurisprudencia en el TJUE y los tribunales nacionales, es de gran importancia a la hora de extender al ámbito de las relaciones laborales la eficacia del principio de igualdad y la prohibición de discriminación por sexo, conforme lo dispuesto en el art. 14 CE y en las directivas comunitarias sobre la materia, destacando la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

La igualdad y la no discriminación por razón de sexo, son derechos universales reconocidos en múltiples declaraciones y tratados y acuerdos internacionales, así se reconocen en el art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en el art. 14 de la Carta Social Europea de 1961 y en la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, también aparece reconocido en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995.

El Convenio nº 111 de la OIT, prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación. Y en el Convenio nº 100, se establece la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. Se recogen también, como principios de la unión europea, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Tribunal de la Unión Europa.

Por su parte, la CE, en el art. 1, dentro del Título preliminar, proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico y ordena en su art. 9.2 a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, lo que permite corregir situaciones de desigualdad tradicionales, en particular de discriminación por razón de sexo. En el art. 14, recoge el principio de igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre otros motivos, por razón de sexo, derecho al que la Constitución le confiere en el art. 53.2 la misma protección reforzada que a los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª del Capítulo II.

El Estatuto de los Trabajadores reconoce a los trabajadores el derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, entre otros motivos, por razones de sexo (art. 4.2.c.) La protección de la trabajadora embarazada se extiende a la relación laboral,

garantizando sus derechos laborales y prohibiendo cualquier perjuicio a la trabajadora derivado de su embarazo.

II. SINTESIS DEL CASO: CIRCUNSTANCIAS DEL DESPIDO

1. DEMANDA DE INSTANCIA Y RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) El día 18 de abril de 2006, la Sra. Porras Guisado fue contratada por Bankia. El 9 de enero de 2013, Bankia inició un período de consultas con la representación legal de los trabajadores y las secciones sindicales con el fin de proceder a un despido colectivo. El día 8 de febrero de 2013, la Comisión Negociadora a que se refiere el artículo 51.2º del ET, alcanzó un “acuerdo” para la determinación de las personas afectadas por la decisión de extinción tomada directamente por la empresa, siguiendo los siguientes criterios: “1) El ámbito de afectación que se tomará será la provincia o las agrupaciones [...], 2) En este sentido, una vez deducidos de los puestos de trabajo que la Empresa decida amortizar [...], la Empresa designará a las personas afectadas por el despido colectivo dentro del ámbito correspondiente teniendo en cuenta la valoración resultante de los procesos de evaluación realizados por la entidad respecto del perfil competencial, indicadores de potencial”.

En la citada Acta se establecían como criterios de prioridad de permanencia: “1) En el caso de matrimonios o parejas de hecho, sólo se podrá afectar a uno de los cónyuges a su elección de acuerdo a las necesidades funcionales y de perfiles requeridos, pudiendo ser necesaria la movilidad geográfica para cumplir este requisito. 2) En el caso de empleados con alguna discapacidad superior al 33 % reconocida y acreditada por los organismos competentes de cada Comunidad Autónoma, y siempre y cuando exista amortización de su puesto de trabajo, se valorará su reubicación en otro puesto siempre y cuando sea acorde a su perfil profesional.”

B) El 13 de noviembre de 2013, Bankia notificó a la Sra. Porras Guisado su “Carta de Despido”, en la que se exponía lo siguiente: “En el caso concreto de la provincia de Barcelona en la que Ud. presta servicios, una vez resuelto el procedimiento de adhesión al programa de bajas indemnizadas, descontadas las personas afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambios de puestos de trabajo, se hace necesario un mayor ajuste de plantilla, debiendo procederse a la extinción de contratos de trabajo por designación directa de la empresa, según lo previsto en el Acuerdo de 8 de febrero de 2013. En este sentido, como resultado del proceso de valoración realizado en la Entidad, que fue tratado en el período de consultas, siendo un elemento relevante para la adopción del acuerdo de 8 de febrero de 2013, al que fue incorporado como parte del mismo, su valoración es de 6 puntos, que se encuentra entre las valoraciones de menor puntuación de la provincia de Barcelona, en la que Ud. presta servicios. Por todo ello, en aplicación de los criterios de afectación expuestos y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 10 de diciembre de 2013.”

C) La Sra. Porras Guisado estaba embarazada en el momento en que se produjo su despido.

D) El 3 de febrero de 2014, la Sra. Porras Guisado impugnó el despido ante el Juzgado de lo Social correspondiente, siendo desestimada la demanda mediante sentencia de 25 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró (Barcelona). La cual fue recurrida en Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

E) La Sala del TSJ de Cataluña, planteo mediante “Auto de 20 de enero de 2016”, cuestión prejudicial al TJUE sobre la adecuación de diversos preceptos de la normativa española a dos directivas comunitarias: 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Manifestando que su petición de decisión prejudicial no tiene por objeto la tutela antidiscriminatoria establecida en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo

y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, sino que se trata de determinar si la normativa española transpone correctamente el artículo 10 de la Directiva 92/85, que prohíbe, salvo en casos excepcionales, el despido de trabajadoras embarazadas.

En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

1) ¿Debe interpretarse el art. 10.1 de la Directiva 92/85 en el sentido de que el supuesto de “casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales”, en tanto que excepción a la prohibición del despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, es un supuesto no equiparable a “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” a que se refiere el art. 1.1a) de la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998, sino un supuesto más restringido?

2) ¿En caso de despido colectivo, para apreciar la existencia de casos excepcionales, que justifican el despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia conforme al art. 10.1 de la Directiva 92/85, ha de exigirse que la trabajadora afectada no pueda ser recolocada en otro puesto de trabajo, o es suficiente con que se acrediten causas económicas, técnicas y productivas que afectan a su puesto de trabajo?

3) ¿Es conforme al art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, una legislación, como la española, que traspone dicha prohibición estableciendo una garantía en virtud de la cual a falta de prueba de las causas que justifican su despido se declara la nulidad del mismo (tutela reparativa) sin establecer una prohibición de despido (tutela preventiva)?

4) ¿Es conforme al art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992 una legislación, como la española, que no contempla una prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia?

5) ¿A los efectos del apartado 2 del art. 10 de la Directiva 92/85, es conforme una normativa nacional que considera suficiente una Carta de Despido como la de autos, que no hace referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional, además de los que motivan el despido colectivo, para afectar a la trabajadora en situación de embarazo por la decisión de extinción colectiva?»

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EL 22 DE FEBRERO DE 2018 (ASUNTO C-103/16)

A) Normativa aplicable

La Sala del TJUE, expresados los hechos probados en la sentencia de instancia, expone la normativa aplicable a la resolución del caso.

a) *En el ámbito Comunitario:*

a) Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, en concreto el art. 6 que regula las obligaciones generales de los empresarios.

b) Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en concreto el art. 10 que trata sobre la prohibición de despido de la trabajadora embarazada, definidas en el art. 2 como “trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. La Sala centra el objeto de controversia resaltando que el despido de una trabajadora

embarazada puede suponer un riesgo para la salud física y psíquica y debe ser distinguido con nitidez de la tutela antidiscriminatoria.

c) Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referentes a los despidos colectivos, en concreto los art. 1 y art. 2.3, por la obligación que tiene el empresario de informar debidamente por escrito de los criterios tenidos en cuenta para las extinciones.

b) *Ámbito nacional*

Los artículos a tener en cuenta para la resolución de la cuestión prejudicial planteada, serán el 53.4 b) y 55.5, párrafo 2, b), a partir de la modificación por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que regula la nulidad automática del despido de una trabajadora embarazada si el empleador no prueba la existencia de una causa objetiva y razonable para el despido. Y el art. 51, que regula el despido colectivo, destacando el párrafo 5º donde establece la prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores y la posibilidad de ampliar las preferencias, vía convencional, para otros colectivos, entre los que se hace expresa mención a trabajadores con cargas familiares, sin embargo, no refiere prioridad alguna a la trabajadora embarazada.

También hay que hacer referencia al art. 53 LET que regula la forma y efectos de tales extinciones, y el art. 14 del RD 1483/2012¹ respecto a la comunicación, y los plazos para efectuarlo, de un despido objetivo tras la decisión empresarial, con acuerdo o sin él, de proceder a un despido colectivo.

B) Cuestiones procesales

Antes de entrar en el fondo del asunto, el TJUE, analiza las cuestiones procesales que le plantea la empresa.

a) *Inadmisibilidad a tramite de la cuestión prejudicial planteada:*

En primer lugar la empresa alega que el TJUE, no debería haber admitido a trámite la cuestión prejudicial planteada, alegando que no había respetado las normas procesales reguladas en la Ley 36/2011 de 10 de octubre², ya que la vulneración de la normativa comunitaria no fue alegada por la parte demandante en instancia y solo se hizo en tramite de recurso de suplicación, por lo que la Sala no hubiera debido admitir, para garantizar el principio de igualdad procesal y de evitar la indefensión de la parte demandada.

Por otro lado, la empresa demandada alega que la trabajadora no estaba legitimada a cuestionar los criterios de selección acordados en un período de consultas.

El TJUE, responde manifestando que no tiene competencia para verificar el cumplimiento de la normativa procesal de un Estado por sus órganos jurisdiccionales, en el marco del art. 267 TFUE. Y que no le corresponde interpretar las disposiciones normativas de un Estado, ni tampoco entrar sobre la conformidad de estas con el Derecho de la Unión³, por lo que rechaza ambas alegaciones.

¹ Real Decreto 1843/2012 de 29 de octubre, reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción.

² Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social.

³ En este sentido, citar la sentencia de 7 de julio de 2016, asunto C-567/14, en cuyo apartado 22 se afirma que “Sin embargo, hay que recordar, por un lado, que el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse, en el marco del artículo 267 TFUE, sobre la interpretación de disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales ni sobre la conformidad de éstas con el Derecho de la Unión (sentencia de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group, C-384/08, EU:C:2010:133, apartado 16 y la jurisprudencia citada) y, por otro lado, que no incumbe al Tribunal de Justicia verificar si la resolución de remisión prejudicial se ha dictado de conformidad con las normas procesales y de organización judicial del Derecho nacional (sentencias de 14 de enero de 1982, Reina, 65/81, EU:C:1982:6, apartado 8, y de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax y Administración del Estado, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 14)”.

b) Carácter hipotético de las cuestiones prejudiciales:

La empresa demandada alega que la trabajadora no le había comunicado su embarazo cuando aquella procedió a su despido, por tanto, no sería de aplicación la Directiva 92/85, conforme interpretación literal del art. 2 de trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”), y entendiéndose por ello que las cuestiones planteadas por el TSJ “son de naturaleza hipotética”.

El TJUE partiendo de los hechos probados del caso, considera que la trabajadora estaba embarazada cuando se produjo el despido, además de los autos se desprende que, en esas mismas fechas, ella había informado a sus compañeros y superiores de su embarazo. Y no constando ningún dato en sentido contrario, el TJUE colige que procede aplicar a la demandante el artículo 10 de la Directiva 92/85”, declarando la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial porque “no resulta evidente que las cuestiones prejudiciales planteadas tengan carácter hipotético o que no guarden relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal”.

c) Conclusiones del TJUE a la cuestión prejudicial planteada:

La Sala responde a cada una de las cinco preguntas formuladas en la cuestión prejudicial, manifestando que ahora no se debate sobre una posible actuación discriminatoria del empresario y la vulneración de la normativa comunitaria aplicable⁴, sino que el objeto de estudio es si la normativa española acoge de forma efectiva la prohibición expresamente recogida en el art. 10 de la Directiva 92/85, es decir la regla general de la prohibición de despido de una trabajadora embarazada por ser dicha decisión un riesgo para su salud, que solo tiene la excepción de aquellos “supuestos excepciones no inherentes a su estado”.

1.- Sobre la prohibición de despido de la trabajadora embarazada salvo casos excepcionales no imputables a su estado, hay que distinguir dos supuestos.

- Si el embarazo hubiera sido la razón de su despido, estaríamos ante una decisión empresarial “incompatible” con la prohibición regulada en el art. 10.1 de la citada Directiva, de lo que derivaría, si aplicamos la normativa nacional, la nulidad de la decisión empresarial (*tutela reparatoria*).

- Y si, por el contrario, la decisión no guarda relación con el embarazo, sí será posible la extinción si se cumplen los requisitos requeridos en la normativa nacional para llevarlo a cabo y siempre que sea por motivos debidamente justificados y que deberá comunicar por escrito el empleador a la trabajadora.

El TJUE entiende que art. 10.1 Directiva 92/85 que protege a trabajadora embarazada ante un despido, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59.

2.- En respuesta a la pregunta de si la normativa europea (art. 10.2 de la Directiva 92/85) debe interpretarse de tal manera que se contraponen a una normativa nacional, como puede ser la española, que permite la extinción, en el marco de un despido colectivo sin que la comunicación contenga más motivos que los que justifican la extinción “y sin hacer referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional”:

El TJUE responde que en un caso “ordinario” y no “excepcional” de despido, como es el de la trabajadora embarazada si no guarda relación alguna con su estado, el empleador debe comunicar por escrito los motivos que justifican la decisión, que en el marco de la tramitación del despido colectivo deberán haber quedado acreditados, bien por haber sentencia judicial o bien por haberse alcanzado acuerdo en el seno de la comisión negociadora, y que pueden ser, recordemos, de carácter económico, técnico, organizativo o de producción.

Por lo tanto, la obligación del empresario es de explicar cuáles son esas causas que justifican el despido de la trabajadora, por lo que el art. 10.2 de la Directiva 92/85 no se opone a la normativa

⁴ Vid.: art. 2.2 de la Directiva 2006/54/CE.

que sólo prevea la obligación de explicar los motivos que justifican el despido y los criterios de selección que llevan a que sea una de las personas afectadas, como ocurre en la normativa española.

3.- A continuación, el TJUE analiza la tercera cuestión planteada por el TSJC que consideramos la más importante. A la pregunta de si es “¿Es conforme al art. 10^o1 de la Directiva 92/85/CEE, que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en periodo de lactancia; una legislación, como la española, que traspone dicha prohibición estableciendo una garantía en virtud de la cual a falta de prueba de las causas que justifican su despido se declara la nulidad del mismo (*tutela reparativa*) sin establecer una prohibición de despido (*tutela preventiva*)?”:

El TJUE manifiesta que la transposición de una Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar su plena eficacia, dentro del amplio margen de apreciación de que disponen respecto a los procedimientos y los medios para lograr aquel objetivo⁵. Por lo que aplicando esta regla a la transposición del art. 10 de la Directiva 92/85 se llega a la conclusión de que en el ordenamiento nacional se debe regular una normativa que evite los despidos y otra que sancione las conductas contrarias a derecho. Es decir que se debe una “doble protección”, tanto de medidas para prevenir el despido de la trabajadora embarazada como para reparar las consecuencias de dicho despido.

El TJUE resalta la especial relevancia que la Directiva concede a la protección contra el despido en su articulado y en su parte introductoria, y solo “casos excepcionales no inherentes a las personas de las trabajadoras” desde el comienzo del embarazo hasta la finalización del permiso de maternidad, cabe el despido de la trabajadora embarazada.

En este sentido, el TJUE afirma de manera contundente que la protección “excluye tanto la adopción de una decisión de despido como los actos preparatorios del despido, como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada de que se trate, debido al embarazo o al nacimiento de un hijo”⁶. Considerando que la tutela reparadora no puede sustituir a la protección de carácter preventivo, y de ahí la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas que no se limitan únicamente a la declaración de nulidad del despido que.

Por lo que el TJUE, manifiesta que el art. 10.1 de la Directiva 92/85 debe interpretarse “en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal”.

4.- El TJUE analiza de forma conjunta la segunda y cuarta preguntas formuladas. ¿Hay prioridad de permanencia para las trabajadoras embarazadas en caso de despido colectivo? ¿hay prioridad para su recolocación si ello fuera posible? La normativa española no lo prevé expresamente (salvo vía convencional) y por ello el TSJ pregunta al TJUE si esta normativa se opone al art. 10.1 de la Directiva 92/85.

La especial protección que debe tener el despido de una trabajadora embarazada, para dar cumplimiento a la obligación empresarial de evitación de riesgos para la salud de aquella, lleva a la Sala a defender que las excepciones a la prohibición del despido de aquella, se configuran como algo verdaderamente extraordinario que, va mucho más allá que las meras circunstancias económicas, técnicas o productivas que pueden justificar un despido colectivo, y siendo excepcional la posibilidad del despido, este no tendría razón de ser jurídica si existieran posibilidades de recolocación a la trabajadora en otro puesto de trabajo.

En relación a esta cuestión, es importante hacer referencia a la Nota 21 de las Conclusiones de la Abogada General (Sra. E. Sharpston) establece que, aunque el órgano jurisdiccional remitente indica que, con arreglo al Derecho nacional, la expresión “trabajadores con cargas familiares” puede interpretarse en el sentido de que incluye a las trabajadoras embarazadas, sin embargo el acuerdo del comité de negociación no les concede tal estatuto prioritario.

⁵ Vid. Art. 2888 TFUE: “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

⁶ Vid. la sentencia de 11 de octubre de 2007, asunto C-460/06,

La Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de elaborar una lista especial de las causas de despido que, por vía de excepción, se admitirán respecto a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia. Sin embargo, dicha Directiva, que contiene disposiciones mínimas, no excluye en modo alguno la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas⁷.

Por tanto, para el TJUE es posible el despido siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados, y no hay oposición de la normativa nacional a la comunitaria cuando la primera no establece prioridad de permanencia ni de recolocación en la empresa, anterior al despido, para la trabajadora embarazada, sin perjuicio de poder adoptar el Estado una regulación que la confiera mayor protección.

El TJUE ha ratificado que la prohibición de despido descrita no se vulnera si, en el marco de un despido colectivo, concurren las “causas de empresa”, declarando que la Directiva no obliga a los Estados miembros a establecer una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad al despido colectivo. Y condenando que la respuesta legislativa interna no es suficiente para dar cumplimiento a la obligación de prevenir este tipo de despidos (“tutela preventiva”).

3. LA STSJ CATALUÑA 26 DE ABRIL 2018 (REC. 3002/2015)

El TSJC confirma la sentencia del Juzgado nº 1 de lo Social de Mataró dictada en los autos 96/2014, en fecha 25/02/2015, acordando la procedencia del despido de la trabajadora, porque la misma no tiene prioridad de permanencia y porque la carta de despido contiene información suficiente sobre el despido, las causas y el criterio de selección, basado en una puntuación derivada de una valoración válida y utilizada para todos los trabajadores afectados por el despido colectivo.

El objeto de la controversia del recurso de suplicación es doble y consiste en prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas en caso de despido colectivo y la suficiencia de la carta de despido.

A) La prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas en caso de despido colectivo:

El TJUE niega la necesidad de una interpretación conforme de la normativa nacional que permita considerar existente una prioridad de permanencia las mujeres embarazadas en caso de despido colectivo, a salvo de lo que puedan acordar en período de consulta la empresa y los representantes de los trabajadores.

Lo que no impide que constatado el incumplimiento de España por no trasponer al ordenamiento interno la prohibición preventiva de despedir a mujeres, la recurrente goce de la acción de responsabilidad frente al Estado. Por esa razón, la recurrente en este recurso tiene a su disposición la conocida como “Acción Francovich”⁸ en cuya virtud un Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional de la Directiva que se trate. Y el art. 32.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre sobre el régimen de responsabilidad por incumplimiento de la normativa de la UE, que establece que si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasiono el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada.

En cuanto la protección que en nuestro ordenamiento se dispensa a la trabajadora embarazada, el TSJ de forma sintetizada entiende que se dispensan tres grados de tutela por razón del embarazo:

⁷ Vid. Sentencia de 4 de octubre de 2001, asunto C-438/99, en cuyo apartado 37

⁸ Esta acción fue reconocida por el TJCE en sus SSTJCE de 19 de noviembre de 1991, Casos Francovich y Bonifaci; Asuntos 6/1990 y 9/1990.

a) Una objetiva y automática basada en el embarazo mismo, con independencia de su conocimiento por el empresario (art.55.5b) ET y que procede durante toda la relación laboral, incluido el periodo de prueba⁹.

En este caso, basta la prueba del embarazo por la trabajadora, debiendo entonces probar el empresario una causa objetiva y razonable para el desistimiento.

b) Otra antidiscriminatoria, que requiere la existencia de un acto de discriminación por razón de sexo realizado por el empresario y que también opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba. En este caso, la trabajadora deberá aportar indicios suficientes de que su despido o cese se debe a la discriminación por embarazo, mientras que sobre la demandada recae la carga de probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad¹⁰. En este caso, además de la nulidad del despido o cese, la discriminación puede dar lugar a una indemnización.

c) Tutela en el ámbito de prevención de riesgos de la mujer embarazada: existe una tercera tutela por razón de riesgos laborales en el Derecho comunitario, que es la que aquí interesa y que no es ni anti discriminatoria ni objetiva, sino que se trata de una tutela de la mujer embarazada frente al despido, al que la Directiva 92/85 considera como un riesgo para su salud física y psíquica.

Por ello y a partir de lo dispuesto en el Preámbulo y en art. 10 de la Directiva 92/85, la sentencia colige que el precepto no solo impone una protección tras el despido y frente a sus consecuencias (apartado 2 y apartado 3), sino una prohibición de despedir (tutela *ex ante*), lo que significa que solo se permite el despido en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones o practicas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

Añadiendo que el tratamiento que la Directiva 92/85 da al despido de la trabajadora embarazada es el propio de un riesgo para su salud física y psíquica y debe ser distinguido con nitidez de la tutela anti discriminatoria.

Por consiguiente, enmarcado el art. 10 de la Directiva 92/85 en el ámbito preventivo de riesgos laborales, en nuestro ordenamiento interno, no existe una transposición de la directiva en tal contexto. Podríamos acudir a normas genéricas, como el art.15 de la Ley 31/95 de prevención de riesgos laborales, que establece como principios básicos, entre otros, los de evitar los riesgos, evaluar los riesgos que no se puedan evitar y adaptar el trabajo a la persona. Por lo que resulta clara la falta de trasposición del art.10 de la directiva, pues la Ley 39/99 de 5 de noviembre de Conciliación de la vida personal, laboral y familiar que dice trasponer la Directiva 92/85 en su Exposición de motivos, se limita a reformar los arts. 53.4 y 55.5 ET que contemplan la tutela anti discriminatoria frente al despido de la mujer embarazada y la tutela objetiva frente al despido (ambas son tutela *ex post*), pero en ningún momento contempla la prohibición de despedir como riesgo para la salud de la embarazada (tutela *ex ante*), que impone el art.10 de la Directiva 92/85"

El TJUE sostiene que la Directiva 92/85: no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia

A partir de lo expuesto, el TSJ Cataluña desestima el recurso de la trabajadora al considerar que concurren causas objetivas de tipo económico que justifican la resolución. Además, los motivos no inherentes a la persona de los trabajadores por los cuales se efectúan los despidos colectivos¹¹ constituyen casos excepcionales no inherentes al estado de los trabajadores, a efectos del artículo 10.1 de la Directiva 92/85 y, por tanto, justifican la excepción a la regla general de prohibición del

⁹ Vid. STSJ de Andalucía, Sevilla de 19 de octubre de 2010. AS 2010/2667.

¹⁰ Art. 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

¹¹ ex art. 1.1 Directiva 98/59 – entre ellos, las causas económicas

despido de mujeres embarazadas. Por otra parte, no se puede exigir a la empresa una prioridad de permanencia ni una recolocación de la trabajadora; salvo que las mismas resulten de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Y todo ello, sin perjuicio de la acción por responsabilidad que, en su caso, le puede corresponder a la recurrente frente al Estado, por no transponer a nuestro Derecho interno la prohibición de despido de mujeres embarazadas, en el sentido que ha resuelto el TJUE.

B) Suficiencia de la carta de despido

En este segundo punto de controversia, hay que determinar si la carta de despido es suficiente o carece de la información necesaria sobre los criterios de selección de la afectada por el despido, y por tanto le ha generado efectiva indefensión

Acorde lo dispuesto en el art.10.2 de la Directiva, en el caso de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, afectadas por un despido colectivo, además de la causa, la carta de despido ha de contener los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas. Por lo que la doctrina anteriormente expuesta del TS no puede aplicarse en estos supuestos.

El TSJ de Cataluña considera, conforme a la doctrina del TJUE en el caso concreto, a diferencia de lo que viene sosteniendo el TS, además de la causa motivadora del despido que en este caso es la económica, es exigible indicar en la carta de despido los criterios objetivos que se han seguido para la designación de la trabajadora afectada por el despido. Por lo que el TSJ entiende que la carta cumple con la exigencia de la doctrina del TJUE de señalar la causa y los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas. Por lo que desestima el recurso de la trabajadora ratificando la sentencia de la instancia.

4. LA STSJ CASTILLA Y LEON \VALLADOLID 28 DE MAYO 2018 (REC. 713/2018)

En fechas próximas a la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña de fecha 22 de febrero de 2018, el TSJ CyL\Valladolid en fecha de 28 de mayo de 2018, ha resuelto un caso aplicando esta doctrina del TJUE, declarando la nulidad del despido a diferencia del caso del TSJ de Cataluña que acabamos de analizar que desestima el recurso.

A) Antecedentes de hecho y circunstancias del despido

La trabajadora demandante era empleada del Banco Caja de España de Inversiones de Salamanca y Soria S.A., y fue seleccionada para ser despedida dentro de un colectivo. A la trabajadora se le ofreció un cambio de empresa con traslado de residencia a Málaga, estableciendo que en caso de no aceptar tal oferta sería despedida.

La trabajadora se encontraba embarazada y en situación de riesgo para el embarazo cuando se le notificó la oferta de traslado a Málaga. Y en el momento de serle notificado el despido, mediante escrito de fecha 10 de mayo de 2017 con efectos de 30 de mayo de 2017, se encontraba en situación de incapacidad temporal tras la pérdida del feto.

Por Sentencia de fecha el 9 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social de León N°1 en el procedimiento de despido n° 549/2017, dicta sentencia en fecha 9 de febrero de 2018, mediante la que desestima la demanda interpuesta por la trabajadora, confirmando el despido.

B) Recurso de Suplicación

La trabajadora interpone recurso de suplicación ante la Sala del TSJ de CyL, sede en Valladolid, alegando que se encontraba embarazada y en situación de riesgo para el embarazo cuando se le notificó la oferta de traslado a Málaga y, posteriormente, en el momento de serle notificado el despido, se encontraba en situación de incapacidad temporal tras la pérdida del feto. Y también alega que conforme lo dispuesto en la sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2018 (caso Porras

Guisado), la empresa no le ha indicado los criterios objetivos que se han seguido para su designación como despedida, de manera que no se ha superado la carga de la prueba empresarial de que para su selección o se ha tenido en cuenta la situación de embarazo, solicitando la nulidad del despido.

El TSJ considera que en el recurso planteado por la trabajadora no se está planteando una cuestión nueva, sino que con posterioridad a haberse celebrado la vista del juicio de instancia y a haberse dictado la sentencia de instancia del Juzgado el día 9 de febrero de 2018, el TJUE dictó la sentencia de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Guisado. Por tanto, el TSJ de CyL establece que: “El que la jurisprudencia sea posterior no impide desde luego su cita y aplicación en fase de recurso, porque las sentencias judiciales y la doctrina que emana de las mismas no tienen como función crear el Derecho, sino interpretarlo y por tanto pueden ser invocadas aún cuando sean posteriores a la sentencia recurrida. Es cierto que la aparición de nueva jurisprudencia puede modificar el criterio aplicado e incluso que el criterio del Magistrado de instancia pudiera haber sido otro en el caso de haberla conocido, pero ello solamente es consecuencia de la actualización de la doctrina judicial interpretativa del Derecho vigente, sin que ese Derecho haya cambiado ni tampoco se trate de valorar hechos nuevos”.

Entrando en el fondo del asunto, el TSJ delimita los tres ámbitos del derecho de la Unión Europea aplicables:

a) La Directiva 98/59 de la CEE: En su art. 2 exige que cuando sea el empresario el que vaya a seleccionar a los trabajadores deberá fijar los criterios de selección de forma anticipada al inicio del periodo de consultas, deberán ser exteriorizados por el empresario y deberán ser sometidos dichos criterios a la negociación colectiva durante el periodo de consultas.

La Directiva 98/59 no establece ningún criterio que el empresario deba aplicar obligatoriamente, lo que no impide que los Estados puedan establecer una prioridad de permanencia para las mujeres embarazadas. Al igual que el ET hace para los representantes de los trabajadores, pero no lo refiere a las mujeres embarazadas.

El empresario puede modificar los criterios de selección inicialmente propuestos en caso de no haya acuerdo durante el periodo de consultas, puesto que su contenido y finalidad del mismo es la obligación de negociar, siempre y cuando dicha actualización sea la consecuencia del intercambio de informaciones, propuestas y contrapuestas del periodo de consultas, esto es, siempre y cuando los criterios finalmente fijados en la decisión empresarial hayan estado presentes en la negociación colectiva. La introducción de nuevos criterios no negociados es incompatible con el mandato de la Directiva. En el caso de que no se hayan aplicado los criterios de selección negociados en el periodo de consultas y fijados en la decisión empresarial unilateral de despido colectivo la consecuencia es la improcedencia del despido¹².

Cuando la trabajadora despedida impugne el despido en base a que el empresario no ha aplicado los criterios de selección fijados en su decisión de despido colectivo, el objeto del litigio versará sobre la acreditación de cuáles hayan sido los criterios que han llevado a seleccionar al trabajador para su despido frente a otros trabajadores posibles, para comparar los mismos con los criterios de selección fijados en la decisión de despido colectivo y comprobar si se ajustan a estos. Correspondiendo a la empresa acreditar cuáles fueron los criterios fijados en la decisión colectiva y cuáles los aplicados a la hora de seleccionar al trabajador individual. La prueba de dichos criterios de selección será mas intensa cuando entren en juego derechos fundamentales del trabajador, es decir cuando puedan existir indicios suficientes de discriminación contra la trabajadora despedida. Procediendo la declaración de improcedencia del despido o la nulidad del mismo cuando conste que el criterio aplicado es contrario a la interdicción de discriminación o cualquier otro derecho fundamental, o cuando el criterio de selección vulnerado sea un criterio obligatorio para el empresario (o sea, una prioridad de permanencia) en virtud de norma legal o convencional o acuerdo en el periodo de consultas, en cuyo caso el despido habrá de calificarse como nulo.

¹² Al contrario de lo establecido en la jurisprudencia del TS, vid.: STS 14 de junio 2017, rec. 2708/2015.

b) La Directiva 92/85 de la CEE: el hecho de incluir a una trabajadora en una situación protegida relacionada con el embarazo en un despido colectivo no vulnera la Directiva. Siendo condición esencial para que el despido sea compatible con la Directiva, que se cumpla el requisito de comunicación escrita de las causas de despido.

Y conforme lo dispuesto en la STSJ Cataluña 26 de abril 2018 (rec. 3002/2015) entiende que, en el caso de trabajadoras embarazadas, las que hayan dado a luz o en período de lactancia, que se vean afectadas por un despido colectivo, además de la causa, la carta de despido ha de contener los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas. En el caso resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se apreció, valorando las concretas circunstancias del caso, que la carta de despido sí especificaba suficientemente los criterios de selección, por lo cual desestimo el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora, confirmando la sentencia de instancia.

c) El art. 33.2 CDFUE: La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se impone de manera directa por encima del Derecho nacional y en todo tipo de relaciones jurídicas, establece el derecho de toda persona a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad (art. 33.2). Y este derecho fundamental es aplicable de forma directa e inmediata en todos los Estados miembros, sin necesidad de norma de incorporación y la Directiva 92/85 lo está materializándolo.

Por lo que esos derechos fundamentales integran el contenido del artículo 10 de la Directiva 92/85/CE, en cuanto supone una garantía de los mismos y por ello son de aplicación directa en los Estados miembros en virtud de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con independencia del eventual incumplimiento por el Estado de la obligación de incorporar al Derecho nacional el contenido de la Directiva indicada.

Por lo que la sentencia concluye que, no constando en la carta de despido los criterios aplicados por la empresa para llevar a cabo tal selección, ni tampoco los criterios de selección aprobados en la decisión de despido colectivo, ni de los aplicados para escoger a la misma dentro de los diferentes trabajadores del departamento para ser despedida, siempre que la trabajadora se encuentre en una situación protegida, debe entenderse que la empresa ha vulnerado el art. 10.2 de la Directiva 92/85.

Y, al vulnerarse las garantías obligatorias para el caso de despido de trabajadoras embarazadas, siendo tales garantías de aplicación directa, debe entenderse que se ha producido un incumplimiento formal y, se procede a declarar la improcedencia. Y, puesto que la carta de despido no expresa de forma concreta y suficiente los criterios por los que se ha seleccionado a la trabajadora embarazada y en el acto del juicio no ha acreditado la empresa cuáles hayan sido los criterios aplicados, de manera que los mismos sean ajenos a la situación de embarazo, maternidad o lactancia o a cualquier otra vulneración de derechos fundamentales, el despido será nulo.

Por tanto, la STSJ CyL, declara nulo el despido de la trabajadora, toda vez que no incluye en la carta de despido los criterios de selección y no ha podido demostrar en el acto del juicio que fuesen ajenos a la situación de embarazo de la trabajadora, considerando que se han vulnerado un derecho fundamental de la misma.

III. BREVE CONCLUSION CRITICA

Con la finalidad de determinar si la normativa española traspone correctamente el art. 10 de la Directiva 92/85, que prohíbe, salvo casos excepcionales, el despido de trabajadoras embarazadas. El TJUE en sentencia de fecha 22 de febrero de 2018 (asunto C-103-16) concluye que art. 10 de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido. Tampoco se opone a una normativa nacionales, que en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido,

para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

Sin embargo, el TJUE considera que el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

El TJUE basa su argumentación desde la perspectiva de la prevención general, refiriéndose a una dimensión de la prevención de riesgos laborales, considerando que la decisión de despedir constituye en sí misma un riesgo para la maternidad y la lactancia. Considerando que el ordenamiento jurídico interno contiene un mandato contrario a los actos discriminatorios y, que el despido de una trabajadora embarazada evidentemente lo es, podría entenderse que, se estaría dando respuesta a esta tutela preventiva mínima exigida por la Directiva 92/85. Además, el tribunal no ha tenido en cuenta que cabe exigir una indemnización de daños y perjuicios o que pueden imponerse sanciones de carácter administrativo contribuyendo de esta forma a alcanzar estos “mínimos” preventivos exigidos por la Directiva.

La sentencia del TSJ de Cataluña de fecha 26 de abril de 2018, considera que la Carta de despido debe contener los criterios objetivos que se han seguido para la selección de los trabajadores en el proceso de despido colectivo, y considerando que la carta de despido los cumple, es por lo que desestima el recurso planteado por la trabajadora y confirma íntegramente la sentencia de instancia.

Con fecha 28 de mayo de 2018, el TSJ de Castilla y León, dicta sentencia basándose en la dictada por el TJUE, concluyendo que al no quedar acreditados los criterios de selección de los trabajadores, de manera que sean ajenos a la situación de embarazo, maternidad o lactancia o a cualquier otra vulneración de derechos fundamentales, el despido es nulo.

Debería considerarse el que la Carta de despido contenga siempre los criterios exigidos para la selección de todos los trabajadores, ante la casualidad de cualquier tipo de discriminación.

Por consiguiente, vemos que la TJUE y las dos sentencias de los TSJ abren un nuevo frente judicial sobre los requisitos que debe reunir la carta de despido en un proceso de despido colectivo, cuando se incluya en el mismo a la trabajadora embarazada, por lo que solo nos queda estar a la espera de la respuesta del TS.

CAPÍTULO IX. EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL COMO FÓRMULA DE CONCILIACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: EL COSTE SOCIAL DE LA CONCILIACIÓN

M^a BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

I. FORMAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR: EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

Pese a que “una de las claves del impresionante progreso social del siglo XX, gestada en el XIX, es la búsqueda de la igualdad de la mujer y el hombre”¹, en pleno siglo XXI todavía quedan muchas barreras por superar, fundamentalmente en el ámbito laboral, donde la conciliación de la vida laboral y familiar sigue siendo una de esas barreras que obstaculizan la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Y ello básicamente porque siguen siendo las mujeres las encargadas del cuidado del hogar y de las personas enfermas y dependientes, por lo que las medidas de conciliación les afectan fundamentalmente a ellas².

Por su clara implicación en la consecución de la igualdad material entre hombres y mujeres, así como por su relación con la protección y cuidado de menores y personas dependientes, con la natalidad, el envejecimiento de la población y los cambios demográficos, la conciliación en un Estado Social tendría que ser una cuestión de orden público en el sentido más amplio de este concepto, debiendo articularse las fórmulas de conciliación a través de políticas públicas. Si bien, es más que conocido que el coste de la conciliación hasta la fecha está siendo asumido fundamentalmente por empleador³ y empleado.

Ni la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ni la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, determinan qué ha de entenderse por instrumentos, mecanismos o instituciones de conciliación⁴, ni cuales son exactamente. Para RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ⁵ las principales

¹ MONTOYA MELGAR, A.: “El derecho del trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres” en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.): La presencia femenina en el mundo laboral: Metas y realidades, Aranzadi, 2006, pág. 27.

² http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472720&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m3=1259926137287

³ En este sentido, como señala AZAGRA SOLANO, M.: “Conciliar: un verbo difícil de conjugar” en VV.AA.: “Sobre la conciliación de la vida familiar y laboral”, *Aranzadi Social*, núm.1, 2011 (BIB 2011, 425), la necesidad de aplicar medidas de conciliación e igualdad no ha sido cuestionada por el sector empresarial, lo que sí ha sido cuestionado es que su puesta en marcha sea a cuenta del empresario.

⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Los Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 2, 2007, p. 72, señala que la Ley para la Igualdad aunque se refiere a los “derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, no enumera dichos derechos, “partiendo del hecho consumado de que los mismos son ya conocidos, de manera que habrá que entender, que dichos derechos están integrados por todas aquellas figuras jurídicas que, desperdigadas a lo largo de una pluralidad de disposiciones, permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares”.

instituciones jurídicas para afrontarla son tres: las licencias y permisos, los horarios laborales flexibles para adaptar el tiempo y los servicios públicos adecuados de atención a dependientes en general. No obstante, con independencia de su clasificación, es obvio que entre esas medidas de conciliación han de contarse: los permisos y licencias, determinadas suspensiones contractuales, las reducciones de jornada dispuestas en el art. 37 ET y la adaptación de la jornada laboral, así como algunos beneficios negociales vinculados al tiempo de trabajo que facilitan la tarea conciliadora (excepciones convencionales por motivos de conciliación a la prolongación de la jornada, ampliación convencional de la reserva de puesto de trabajo, criterios de preferencia en la elección de turnos de trabajo...) e indirectamente el contrato a tiempo parcial.

Todas ellas en mayor o menor medida suponen tiempos (a jornada completa o parcial) de ausencia al trabajo para poder dedicarlos al ámbito personal y familiar, y todos ellos conllevan un coste para el empresario y/o el trabajador.

Los permisos, previstos en el art. 37 ET (matrimonio; nacimiento de hijo, fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; traslado del domicilio habitual; lactancia de un menor de nueve meses; nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto...), comportan un verdadero derecho a ausentarse del trabajo sin pérdida de retribución y pervivencia de la contribución a la Seguridad Social, que además puede ser ampliado a través de la negociación colectiva. Representan una mejor opción para el trabajador que para el empresario porque es un derecho laboral, no una facultad empresarial y se le retribuye como si hubiera realizado su prestación, lo que significa que el empresario debe financiar la necesidad de conciliación de su empleado. Es por ello, que realmente están concebidos para unas causas muy determinadas con una duración muy escasa, y no para lo que podría calificarse como “la gran cuestión conciliatoria”: la crianza y el cuidado de personas enfermas o dependientes⁶.

Las suspensiones contractuales “exonera(n) de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo” (art. 45.2 ET). En esta figura encajan tanto las suspensiones contractuales subsidiadas por la cobertura del sistema de seguridad social: maternidad, paternidad, adopción o acogimiento y riesgos durante el embarazo o durante la lactancia natural de un menor de nueve meses (art. 45.1.d ET), como las excedencias por cuidado de hijo o para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.3 ET), en cuyo caso el trabajador no percibe ninguna prestación. Aunque con estas modalidades conciliatorias pueden atenderse las responsabilidades familiares por un periodo relativamente amplio sin perder el puesto de trabajo y con dedicación a tiempo completo, son la solución más “radical” y comportan grandes desventajas retributivas y profesionales para el trabajador, a las que se suma el progresivo deterioro que conlleva un periodo largo de inactividad profesional⁷.

La adaptación y distribución de la jornada hacen factible la conciliación del día a día, compatibilizando el trabajo con la crianza o el cuidado de las personas enfermas o dependientes, sin irrupción en la carrera laboral ni de cotización. Pero su puesta en práctica es casi imposible en las pequeñas y medianas empresas y en sectores que han de ceñirse a un horario determinado para ser competitivos, habiendo quedado relegada su práctica fundamentalmente al sector público.

Las reducciones de jornada (nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado a continuación del parto; guarda legal de un menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida; cuidado directo de un familiar, hasta el

⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, Albacete, 2010, p. 16.

⁶ FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Negociación colectiva sobre la adaptación de la jornada por razones personales o familiares”, núm. 168, 2014, (BIB 2014\3562).

⁷ Una postura crítica a este respecto puede verse en MOLINA NAVARRETE, C.: *Guías de Negociación*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, págs. 120 y ss.

segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida; o cuidado, por parte del progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente del menor a su cargo afectado por cáncer, o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente) permiten interrumpir la carrera profesional sólo de forma parcial, con una disminución proporcional de ingresos, pero sin desvincularse de la realidad empresarial y sin merma de la carrera de cotización durante un determinado periodo fijado en la normativa. Aunque técnicamente no es un contrato a tiempo parcial y la persona trabajadora es la que goza del derecho a la concreción horaria, pudiendo restablecer en cualquier momento su condición a tiempo completo, en la práctica, si la situación se demora durante años y deja de ser bonificada su cotización a la Seguridad Social, el coste social para la persona trabajadora puede llegar a ser el mismo que el de un contrato a tiempo parcial.

El contrato a tiempo parcial no está concebido como una fórmula de conciliación de la vida personal y laboral, pero en la práctica es la vía que posibilita la reincorporación de muchas madres al mercado de trabajo sin dejar de asistir a su familia.

Aunque según los datos del INE⁸ el motivo principal de la contratación a tiempo parcial sigue siendo no haber podido encontrar trabajo a jornada completa (68,5 % de los hombres y 58,2 % de las mujeres), en el caso de las mujeres, tanto los cuidados como las obligaciones familiares o personales tienen un peso importante en la elección de esta modalidad contractual, no así en el caso de los hombres (tabla 1).

TABLA 1 Razones del trabajo a tiempo parcial en España en 2017

MOTIVOS	HOMBRES	MUJERES
No haber podido encontrar trabajo a jornada completa	68,5 %	58,2 %
Enfermedad o incapacidad propia	1,7 %	1,0 %
Otras obligaciones familiares o personales	1,2 %	7,1 %
Cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores	1,8 %	12,8 %
Seguir cursos de enseñanza o formación	11,9 %	4,8 %
Otras razones	15,0 %	16,1 %

Fuente: Datos INE <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=13583>

Elaboración propia.

Puede observarse como en España, el cuidado de las personas dependientes o las obligaciones familiares, no son ni la primera, ni la segunda, de las causas que motivan la contratación a tiempo parcial (tabla 2), a diferencia de lo que ocurre en la UE-28 (tabla 3). Pero si sumamos los porcentajes de los que arguyen otras obligaciones familiares o personales con el de las personas que lo hacen para poder cuidar de niños o adultos, enfermos, incapacitados o mayores, las obligaciones familiares en sentido amplio serían la segunda causa que lleva a un trabajador a un trabajo a tiempo parcial.

TABLA 2- Razones del trabajo a tiempo parcial de las mujeres. España (2017-2009)

MOTIVOS	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009
No encontrar trabajo a jornada completa	58,2 %	59,8 %	60,1 %	61,8 %	60,8	58,7 %	52,9 %	48,7 %	43,4 %
Cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores	12,8 %	13,1 %	12,7 %	13,5 %	15,1 %	13,7 %	16,2 %	16,5 %	16,5 %
Otras obligaciones familiares o personales	7,1 %	6,6 %	5,9 %	5,1 %	5,0 %	5,8 %	6,6 %	8,9 %	12,1 %
Seguir cursos de enseñanza o formación	4,8 %	4,3 %	4,6 %	4,2 %	3,9 %	5,3 %	6,2 %	6,1 %	7,3 %
Enfermedad o incapacidad propia	1,0 %	0,9 %	0,9 %	0,7 %	1,0 %	1,0 %	1,1 %	1,4 %	1,0 %
Otras razones	16,1 %	15,3 %	15,7 %	14,6 %	14,1 %	15,5 %	17,0 %	18,4 %	19,7 %

Fuente: Datos INE <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10927>

Elaboración propia.

⁸ INE: *Mujeres y Hombres en España*. 1.4 Razones del trabajo a tiempo parcial según grupos de edad. Trabajo a tiempo parcial según tipo de hogar http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925461773&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYLayout¶m3=1259926137287

TABLA 3- Razones del trabajo a tiempo parcial de las mujeres. España (2017-2009)

MOTIVOS	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009
No encontrar trabajo a jornada completa	23,2 %	24,6 %	25,7 %	26,3 %	26,0 %	24,5 %	23,3 %	24,3 %	23,2 %
Cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores	27,5 %	27,4 %	27,2 %	27,1 %	27,8 %	28,4 %	28,6 %	27,8 %	28,4 %
Otras obligaciones familiares o personales	15,1 %	15,3 %	15,2 %	15,1 %	15,6 %	15,9 %	17,2 %	16,4 %	17,3 %
Seguir cursos de enseñanza o formación	8,3 %	7,8 %	7,5 %	7,5 %	7,3 %	7,3 %	7,3 %	7,4 %	7,6 %
Enfermedad o incapacidad propia	3,8 %	3,5 %	3,4 %	3,3 %	3,2 %	3,3 %	3,3 %	3,1 %	3,1 %
Otras razones	22,1 %	21,5 %	20,9 %	20,6 %	20,1 %	20,6 %	20,1 %	20,9 %	20,4 %

Fuente: Datos INE <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10927>

Elaboración propia.

El contrato a tiempo parcial es una modalidad contractual muy versátil y constituye un claro instrumento de flexibilidad interna empresarial⁹. Aunque en teoría puede coadyuvar a balancear los intereses enfrentados en la relación laboral, aportando para el empleador la posibilidad de optimizar sus recursos humanos y reducir costes mejorando su competitividad, mientras que al trabajador le reporta una mayor disponibilidad de tiempo para conciliar su vida familiar y laboral, en la práctica dicha balanza se inclina más hacia la parte empresarial¹⁰, entre otras razones porque gran parte de los trabajadores a tiempo parcial no lo es por propia voluntad y porque es el empresario quien establece la jornada de trabajo.

Uno de los grandes objetivos de la política de empleo española de los últimos 30 años ha sido el fomento y promoción del trabajo a tiempo parcial como herramienta de creación de empleo¹¹, pero la realidad es que el empresariado ha encontrado en esta modalidad contractual la “panacea para aligerar los costes salariales”¹², un importante instrumento de flexibilidad interna, que lejos de “impulsar un empleo de calidad y con derechos” como señala el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (III AENC)¹³, cuando lo propone como “una alternativa a la contratación temporal o a la realización de horas extraordinarias en determinados supuestos”, no hace sino incrementar la precariedad laboral¹⁴ y disminuir la protección social de los trabajadores. Si bien, lo más paradójico del III AENC es que recomienda la ampliación de las horas complementarias a través de la negociación colectiva para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral¹⁵.

Con el contrato a tiempo parcial se logran unos tiempos de ausencia en el trabajo considerables, pero que conllevan una merma salarial proporcional y que a diferencia de la reducción de jornada son ordenados conforme a las necesidades productivas, por lo que en la práctica las jornadas de trabajo pueden resultar no ser muy beneficiosas para el trabajador que pretende conciliar trabajo y cargas familiares, y además en un sistema de Seguridad Social contributivo y proporcional tienen un importante coste social para el trabajador, tal y como se va a exponer en esta comunicación.

⁹ A este respecto, VICEDO CAÑADA, L.: *De contrato de trabajo a tiempo completo a contrato a tiempo parcial. Una solución para las PYMES en tiempos de crisis*, La Ley, 2009, analiza la transformación del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial con motivo de la crisis.

¹⁰ ESPÍN SÁEZ, M.: “El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?”, *Revista de Información Laboral*, núm.12, 2016 (BIB 2017\10563).

¹¹ GARCÍA PIÑERO, N. P.: “El trabajo a tiempo parcial como prestación de servicios flexible, estable y de calidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, (BIB 2014/1063).

¹² PÉREZ ALONSO, M. A.: “El contrato a tiempo parcial. Los vaivenes en la protección social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44, 2016. Pág. 182.

¹³ Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 (BOE 20-6-2015).

¹⁴ Sin entrar a valorar aspectos claves referidos a la distribución horaria de la jornada, lo cierto es que, año tras año, los datos del INE de la Encuesta de Coste Laboral revelan una clara diferencia salarial entre los trabajadores a tiempo completo y parcial, que en el primer trimestre de 2018 es de 4,55 euros por hora (14,68 euros/hora para tiempo completo, frente a 10,13 para tiempo parcial).
http://www.ine.es/CDINEbase/consultar.do?mes=&operacion=Encuesta+trimestral+de+coste+laboral&cid_oper=Ir

¹⁵ ESPÍN SÁEZ, M., *op. cit.*

II. LA SEGURIDAD SOCIAL CONTRIBUTIVA DE LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL: ¿DISCRIMINACIÓN INDIRECTA?

1. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA COTIZACIÓN A TIEMPO PARCIAL

Superados los sistemas de cotización con base tarifada con independencia de la jornada realizada¹⁶, así como las diferencias en la cotización dependiendo de la clase de parcialidad¹⁷, y pese a la transposición de la Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre Trabajo a Tiempo Parcial, y al principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo (art. 245 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, LGSS en adelante), en un sistema prioritariamente contributivo, como el actual, basado en la proporcionalidad entre los ingresos percibidos y el importe de la cotización, los trabajadores a tiempo parcial son objeto de una menor protección, no sólo por la cuantía de sus prestaciones, también por otro tipo de dificultades relacionadas fundamentalmente con el periodo de carencia previo.

El sistema de protección social de los trabajadores a tiempo parcial ha ido evolucionando hacia un sistema más igualitario de la mano de la doctrina judicial, primordialmente de la emanada desde el TJUE, donde se ha considerado que, dada la feminización del contrato a tiempo parcial, las diferencias existentes en la acción protectora de la Seguridad Social según se trate de un contrato a tiempo parcial o a tiempo completo, constituyen una discriminación indirecta por razón de sexo.

El sistema vigente de cotización de los contratos a tiempo parcial se rige básicamente por el art. 246 LGSS, el art. 65 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, así como por la correspondiente Orden de cotización anual que desarrolla lo dispuesto en la respectiva Ley de Presupuestos del Estado en materia de cotización a la Seguridad Social.

La cotización, que tendrá siempre carácter mensual, se realiza en función de la remuneración efectivamente percibida y de las horas trabajadas (tanto las ordinarias como las complementarias)¹⁸, entre las que han de incluirse las correspondientes al tiempo de descanso computable como de trabajo que corresponda al descanso semanal y festivos¹⁹. La regla de la proporcionalidad, así como el hecho de que los tipos de cotización sean los mismos que para el contrato a tiempo completo y que el trabajador tenga la posibilidad de suscribir un convenio especial, *a priori*, sitúan al trabajador a tiempo parcial como un sujeto protegido por todas las garantías que le puede ofrecer un sistema contributivo. Pero dejando al margen la consabida contratación formal a tiempo parcial para realizar *de facto* una jornada a tiempo completo, que sería otro tema a tratar que excede los límites de esta comunicación, es en la acción protectora donde se encuentran las diferencias, y no sólo por la lógica menor cuantía de las prestaciones, pudiendo destacarse tres aspectos fundamentales a tratar en esta comunicación: la dificultad para acreditar el periodo de carencia previo para el acceso a las prestaciones contributivas; las desigualdades en el acceso a la prestación por desempleo en los trabajos a tiempo parcial vertical; y la integración de lagunas de cotización para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente.

¹⁶ Sobre los orígenes y evolución en la cotización del contrato a tiempo parcial *Vid.* FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *La contratación laboral a tiempo parcial y la Seguridad Social*, Thomson Reuters, 2016, págs. 141 y ss.

¹⁷ LOPEZ GANDIA, J. y TOSCANI GIMENEZ, G.: La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2014, pág. y ss., indican que existen dos tipos de contratos a tiempo parcial, el vertical, referido a trabajadores que trabajan toda la jornada, pero días alternos, frente a los trabajadores horizontales que trabajan todos los días, pero no todas las horas. Sobre la diferente cotización *vid.* MAGALLON ORTIN, M. y PEREZ ALONSO, M. A.: “El contrato de trabajo a tiempo parcial inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes”, en *Revista de Tribuna social*, núm. 58, 1995, págs.29 y ss.

¹⁸ Sobre las horas complementarias *vid.* RIVERA SÁNCHEZ, J.R.: *Las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial*, Aranzadi, 2003.

¹⁹ Para mayor abundamiento, *Vid.* ROMERO RODENAS, M. J.: “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 171, 2014, (BIB 2014\4507).

2. LA DIFICULTAD PARA ACREDITAR EL PERIODO DE CARENCIA PREVIO

A) Desde los orígenes del contrato a tiempo parcial hasta la doctrina europea y constitucional que determinan un cambio normativo

Inicialmente, la protección social de los trabajadores a tiempo parcial se regía por una estricta proporcionalidad, conforme a la cual, a efectos de reunir los periodos mínimos de cotización para acceder a una prestación, se habrían de computar las horas efectivamente trabajadas, de modo que el número de días de cotización computables era el resultado de dividir el número de horas efectivamente trabajadas entre el número de horas que constituían la jornada habitual en la actividad de que se trataba. La STC 253/2004, de 22 de diciembre, declaró inconstitucional la normativa vigente a este respecto²⁰, al entender que no se trataba de una medida proporcional al resultado obtenido y la finalidad pretendida, pues los trabajadores a tiempo parcial difícilmente podrían acceder a las prestaciones que requieren un determinado periodo de carencia previo como la jubilación o la incapacidad permanente²¹.

No obstante, incluso antes de la STC 253/2004, 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 el Fomento de su Estabilidad, con el objeto de adaptar el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial a la normativa comunitaria, vino a corregir, -en parte y solo en referencia a la pensión de jubilación y de incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales-, esa desigualdad, a través de un factor de corrección. El factor de corrección consistió en el incremento de los días teóricos de cotización acreditados por medio de un coeficiente multiplicador del 1,5 %, lo que venía a significar un incremento de los periodos de cotización del 50 %²².

Este factor de corrección tampoco ha tenido los efectos esperados, pues en 2012, la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (TJCE 2012, 357), asunto Elbal Moreno²³, declaró que la normativa española perjudicaba a los trabajadores a tiempo parcial, al exigirles un periodo de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión contributiva, en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada²⁴, y que ello significaba una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que es un dato estadístico incuestionable que estos contratos afectan mayoritariamente a las mujeres.

Unos meses después, el Tribunal Constitucional, en la STC 61/2013, de 14 de marzo (RTC 2013, 61), declara que el factor de corrección del 1,5 %, pese a atenuar los efectos de la estricta proporcionalidad, no consigue evitar los efectos desproporcionados que su aplicación comporta en la protección social del trabajo a tiempo parcial²⁵. Así pues, entiende que las diferencias de trato en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo carecen de una justificación razonable que guarde la debida relación de proporcionalidad entre la

²⁰ Art. 12.4 ET/1995, que tenía el mismo contenido que la Disposición adicional séptima LGSS/1994.

²¹ Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F.: "La seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagravio", *Aranzadi Social*, núm. 1, 2005.

²² Vid. LLORENTE ÁLVAREZ, A.: "La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: reformas recientes" en AAVV (Dir.) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: *Las reformas laborales y de seguridad social (de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero)*, Lex Nova-Thomson Reuters, 2014, págs. 135 y ss.

²³ Para mayor abundamiento Vid. NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: "La compleja protección social de los trabajadores a tiempo parcial: los efectos explosivos e inciertos de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (as. Elbal Moreno)", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 47, 2013, (BIB 2013/1547).

²⁴ El TJUE examina el supuesto de una trabajadora que durante 18 años se encargó de la limpieza en una comunidad de vecinos con un contrato de 4 horas semanales y al solicitar la pensión de jubilación le fue denegada al no alcanzar el periodo mínimo de carencia, dado que los 18 años de cotización a tiempo parcial equivalían a algo menos de tres años de cotización.

²⁵ En este caso se trataba de una trabajadora de alta en el sistema desde mayo de 1981 a octubre de 1999, que habiendo realizado el trabajo a tiempo parcial con una jornada equivalente al 18,4 % de la habitual, no reunía un periodo de carencia de 15 años para acceder a la pensión de jubilación.

medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, vulnerando en consecuencia el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley²⁶.

Como consecuencia de la doctrina judicial europea y constitucional, tras el “Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial”²⁷, se publicó el RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social²⁸, después consolidado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

B) La Ley 1/2014: el coeficiente de parcialidad y el coeficiente global de parcialidad

La Ley 1/2014 modifica la Disposición adicional séptima LGSS/1994 sobre el cómputo de los periodos de cotización, incorporando el actual tenor literal del art. 247 LGSS, con la previsión de dos coeficientes: el de parcialidad y el de globalidad, a los solos efectos del cálculo de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, lo que significa que la prestación por desempleo queda excluida del mismo.

El coeficiente de parcialidad permite determinar el número de días de cotización acreditados, para ello el art. 247 LGSS señala que “el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período”. De esta manera se individualiza el esfuerzo contributivo del trabajador en cada momento.

Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo éste el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. A este respecto, habrá de tenerse en cuenta que cuando se trate de un subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años y para el subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

Así pues, el periodo mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad.

En consecuencia, la incorporación del coeficiente de parcialidad y del coeficiente global de parcialidad permite individualizar la situación de cada trabajador a tiempo parcial de forma que es cada carrera de cotización la que a su vez personaliza el periodo de carencia exigible para acceder a cada prestación²⁹.

A modo de ejemplo, si una trabajadora, madre de un hijo de 40 años, quiere jubilarse porque ha cumplido la edad requerida para ello y a lo largo de su vida laboral ha trabajado a tiempo completo 2.500 días y a tiempo parcial 6.500 días:

Días de cotización a tiempo completo	2.500
Días de cotización a tiempo parcial (% sobre la jornada a tiempo completo)	1.250 días al 70 % de la jornada.
	3.250 días al 40 % de la jornada.
Días de cotización ficticia por maternidad	112 días
TOTAL	7.112 días

²⁶ A esta sentencia le siguieron las SSTC: 71/2013, de 8 de abril (RTC 2013, 71); 72/2013, de 8 de abril (RTC 2013, 72); 116/2013, de 20 de mayo (RTC 2013, 116); y 117/2013, de 20 de mayo (RTC 2013, 117).

²⁷ Acuerdo suscrito el 31 de julio de 2013 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las organizaciones CC.OO., UGT, y CEPYME [www.ccoo.cat/.../Acuerdo %20130731 %20Nueva %20regulación %20cotización %20Ti](http://www.ccoo.cat/.../Acuerdo%20130731%20Nueva%20regulación%20cotización%20Ti). Cfr. FERNÁNDEZ ORRICO, *op. cit.*, págs. 190 y ss.

²⁸ Vid. LOUSADA AROCHENA, J.E.: “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto”, *Aranzadi Social*, núm. 7, 2013.

²⁹ ESPÍN SÁEZ, M., *op. cit.*

Partiendo de la consideración de todos los días cotizados con independencia del número de horas efectivamente trabajadas, lo primero que hay que hacer es aplicar el coeficiente de parcialidad al número de días cotizados a tiempo parcial:

$$1.250 \times 0,70 = 875 \text{ días}$$

$$3.250 \times 0,40 = 1.300 \text{ días}$$

El resultado es el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período, a los que habrá de sumarse los días cotizados a tiempo completo: 2.175.

A este resultado habría que sumarle además las cotizaciones ficticias a las que la trabajadora tuviera derecho. Dado que es madre de un hijo, suponiendo que en el momento del parto no cotizó por ese periodo, se le sumarían 112 días, con lo que tendría un total de 2.287 días cotizados.

Después habría que proceder a calcular el coeficiente global de parcialidad: el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados³⁰, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral de la trabajadora.

Núm. de días acreditados como cotizados / Núm. de días en alta

$$2.175 / 7.112 = 0,3058$$

Como para la pensión de jubilación es necesario acreditar 5.473 días (15 años), en el caso de esta trabajadora necesitaría 1.673 días ($5.473 \times 0,3058$), por lo que a trabajadora sí reúne el periodo de carencia previo porque cuenta con un total de 2.287 días cotizados.

Sí sólo hubiera trabajado a tiempo parcial:

Días de cotización a tiempo parcial (% sobre la jornada a tiempo completo)	1.250 días al 70 % de la jornada. 3.250 días al 40 % de la jornada.
Días de cotización ficticia por maternidad	112 días
TOTAL	4.612 días

El coeficiente de globalidad seguiría siendo 2.175 días y el coeficiente global de parcialidad en este caso sería:

$$2.175/4.612= 0,4716$$

Por lo que la trabajadora necesitaría 2.581 días ($5.473 \times 0,4716$), es decir, no reuniría el periodo de carencia para acceder a la pensión de jubilación, pues, aunque ha trabajado más de 5.473 días, lo ha hecho a tiempo parcial y ni con la aplicación de los coeficientes logra alcanzar el periodo mínimo de cotización, ya que le faltan 294, aun cuando no se trataba de una parcialidad considerable, pues 1.250 trabajó con una parcialidad del 70 % con respecto a la jornada completa y el resto del 40 %. Todo ello obviando la posibilidad de que esa trabajadora haya estado trabajando *de facto* con una jornada a tiempo completo y al jubilarse no pueda percibir una prestación contributiva por no conseguir el periodo de carencia, que como ya se ha señalado, sería otro tema a tratar.

En definitiva, el coeficiente de parcialidad y el coeficiente global de parcialidad modula la considerable discriminación que comporta la estricta regla de la proporcionalidad, pero seguirán existiendo casos en los que sólo se habría podido acreditar el periodo de carencia previo equiparando día trabajado con día cotizado³¹, un criterio que, por otra parte, incorporaría desigualdades entre los trabajadores a tiempo parcial vertical y horizontal, y entre éstos y los trabajadores a tiempo completo. Y es que, tratándose de un sistema contributivo, cuya sostenibilidad no deja de ser preocupante, no es tan fácil encontrar una solución que balancee los principios propios del sistema contributivo y de

³⁰ Surge la duda de si habría que incluir aquí o no los días de cotización ficticia. Entienden que no han de computarse porque se trata de “días trabajados y acreditados como cotizados”, cuando los días ficticios no se han trabajado, ni cotizado, entre otros, BARCELON CABEDO, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (con las reformas introducidas por el RDL 11/2013)*, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 97 y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *op. cit.*, pág. 203-204.

³¹ Cfr. OLARTE ENCABO, S.: “Las reformas en materia de trabajo a tiempo parcial, pensión de jubilación y prestaciones por desempleo” en ROJO TORRECILLA, E. y RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.): *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Huygens Editorial, Colección Lex, 2015, pág. 211.

justicia social³², sin olvidar las posibles perversiones que pudieran originar los comportamientos fraudulentos tan difíciles de erradicar.

3. LAS DESIGUALDADES EN EL ACCESO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN LOS TRABAJOS A TIEMPO PARCIAL VERTICAL

El paso de la estricta proporcionalidad, al cómputo de cada día trabajado como día cotizado, ha beneficiado en gran medida a los trabajadores a tiempo parcial, salvo, como ya se ha comentado, cuando se trata de trabajadores a tiempo parcial vertical.

La regla conforme a la cual cada día trabajado se computará como día cotizado (art. 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo)³³, viene a penalizar la protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial vertical con respecto a los horizontales y a los trabajadores a tiempo completo, por una doble aplicación del principio *pro rata temporis*.

Tanto el acceso a la prestación por desempleo, para el que es preciso un periodo de carencia previo, como la duración de la misma, dependen del número de días cotizados (art. 210.1 LGSS). Al considerarse cada día trabajado como día cotizado, los trabajadores a tiempo parcial que sólo trabajan algunos días de la semana o al mes en jornada diaria completa, es decir, los verticales, en primer lugar, tienen serias dificultades para acreditar los 360 días de trabajo cotizados, y que los mismos sean, además, en los seis años anteriores a la situación de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar (art. 210.1 LGSS), y en segundo lugar, su duración también se ve reducida por reunir menos días de cotización. Sin embargo, los trabajadores a tiempo parcial que trabajan todos los días laborales previstos como tales en el calendario laboral, aunque lo hagan por un número de horas igual o incluso inferior al de un trabajador vertical, pueden acreditar un periodo de cotización superior a efectos del periodo de carencia y de duración de la prestación por desempleo³⁴. Así pues, a los trabajadores a tiempo parcial vertical se les penaliza doblemente, ya que no sólo la cuantía de su prestación es inferior por tratarse de un trabajo a tiempo parcial, también su duración, cuando la materialización del principio de proporcionalidad ha de manifestarse en uno sólo de los elementos integrantes de la acción protectora, bien en la duración, bien en la cuantía de la prestación, pero no en ambas³⁵.

Y como ya ocurriera con algunas de las fórmulas previstas para el cálculo del periodo de carencia previo de las prestaciones contributivas de los trabajadores a tiempo parcial, el TJUE en la STJUE de 9 de noviembre de 2017, caso Espadas Recio (TJCE 2017, 196)³⁶, ha vuelto a pronunciarse en

³² Un interesantísimo planteamiento sobre las alternativas para determinar el cómputo de los periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial puede verse en NOGUEIRA GUSTAVINO, M., *op. cit.*... NOGUEIRA, analiza 6 posibilidades: A. Equiparación día trabajado con día cotizado; B. Equiparación del tiempo de duración del contrato de trabajo con periodo de carencia; C. Consideración de cada hora trabajada como hora cotizada (sin y con coeficientes reguladores); D. Disminución proporcional de los periodos de carencia exigidos; E. Utilizar criterios distintos al del tiempo de trabajo para medir los requisitos de contributividad; y F. Exclusión del sistema al trabajo marginal o reducir su protección.

³³ SSTs de 17 de febrero de 2018 (RJ 2016, 907), de 10 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 7980) y STSJ Castilla y León, de 1 de julio de 2010 (JUR 2010, 264988).

³⁴ Cfr. ROQUETA BUJ, R.: "La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 174, 2015, (BIB 2015, 1043).

³⁵ PÉREZ DEL PRADO, D.: "Otro «toque» del Tribunal de Justicia a propósito de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial: reflexiones al hilo del caso Espadas Recio", *Información Laboral*, núm. 4, 2018 (BIB 2018, 8595).

³⁶ El TJUE examinó el caso de una limpiadora a tiempo parcial que desde el 23 de diciembre de 1999 hasta el 29 de julio de 2013 había trabajado dos horas y media los lunes, miércoles y jueves de cada semana y cuatro horas el primer viernes de cada mes. Ello suponía una jornada del 18,75 % en relación a la jornada a tiempo completo. Cuando solicitó la prestación por desempleo, se le computaron 3 días a la semana y uno adicional por cada primer viernes de cada mes, durante los seis años anteriores al 29 de julio de 2013, lo que suponía un total de 1.387 días, por lo que el Servicio Público de Empleo le concedía una prestación de 420 días. Sin embargo, de haber trabajado todos los días, aunque sólo fuera una hora, habría tenido derecho a la prestación por desempleo durante 720 días.

sentido afirmativo sobre la vulneración del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, al afectar esta situación en un 70-80 % a mujeres.

¿Cuál es la solución?³⁷. La aplicación del art. 3.4 del RD 625/1985, si bien perjudica a los trabajadores a tiempo parcial vertical, favorece a los trabajadores a tiempo parcial horizontal, y esta fórmula es más ventajosa que la regla de la estricta proporcionalidad, ¿habría que idear algún tipo de coeficiente de parcialidad también con respecto a la prestación por desempleo?, ¿basta con aplicar el previsto para otras prestaciones?, ¿de aplicarse un coeficiente de parcialidad, debería de hacerse exclusivamente para los trabajos a tiempo parcial verticales, que son únicamente los que se ven castigados?. Para dar una solución óptima, de nuevo habría que equilibrar hasta dónde en un sistema contributivo han de conjugarse principios de justicia social, y no dejar de considerar los posibles comportamientos fraudulentos. A este respecto, el nuevo Gobierno de Pedro Sánchez, poco antes de las vacaciones de verano, ha aprobado el Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, escogiendo la vía más beneficiosa para los trabajadores a tiempo parcial verticales, pues “se computará el periodo durante el que el trabajador ha permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborales o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada”, excluyéndose de dicho cómputo los periodos de inactividad productiva a los que se refiere el art. 267.1.d LGSS.

4. LA INTEGRACIÓN DE LAGUNAS DE COTIZACIÓN PARA LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN E INCAPACIDAD PERMANENTE

El art. 248.2 LGSS mantiene el tenor literal de la disposición adicional séptima LGSS/1994, apartado b), conforme a la cual “a los efectos de calcular las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los periodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término”³⁸.

Esta forma de integración de lagunas ha sido muy cuestionada³⁹, ya que puede suponer un agravio comparativo en las carreras de cotización en las que la parcialidad es residual y se da justo antes de las lagunas de cotización, en comparación con la situación contraria, una carrera de cotización a tiempo parcial, pero en la que se ha trabajado a tiempo completo antes de las lagunas de cotización. Así, dos trabajadores con los mismos periodos de cotización, y con el mismo nivel de cotizaciones realizadas en su vida laboral, podrían tener una cuantía de pensión diferente, dependiendo de que sus lagunas de cotización se hayan producido o no después de un periodo de trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial, e incluso dependiendo del nivel de parcialidad existente antes de la laguna. Razón por la cual parte de la doctrina científica ha considerado esta fórmula de integración de lagunas como una regulación que puede calificarse “de arbitraria, por no responder a esquemas contributivos y aleatoria

³⁷ PÉREZ DEL PRADO, D., *op. cit.*, realiza un brillante análisis de las posibles soluciones: desde tener en cuenta la cotización mensual, adaptada mediante el coeficiente de parcialidad que corresponda en su caso; pasando por el abandono de la noción de ocupación cotizada para sustituirla por la más clásica de los periodos de cotización; o mantener la normal y como está, pero articulando una regla especial para los trabajadores a tiempo parcial vertical... En el mismo sentido *Vid.* BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “La parcialidad como factor disfuncional de la protección por desempleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 180, 2015, (BIB 2015/16249).

³⁸ Para LOUSADA AROCHENA, J.E., *op. cit.*, pese a que el RD Ley 11/2013 ha de ser valorado positivamente en cuanto resuelve la flagrante discriminación sexista indirecta que, a efectos del cómputo de carencias, se producía en el ámbito del trabajo a tiempo parcial, es criticable la falta de resolución de otras situaciones donde persiste la desigualdad y la discriminación sexista, como al establecerse para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los periodos durante los que no haya habido obligación de cotizar con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondiente al número de horas contratadas en un último término.

³⁹ *Vid.* las críticas de ROQUETA BUJ, R.: “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, Consejo Económico y Social, 2002, pág. 140.

por no tener en cuenta el conjunto de la carrera de cotización de los trabajadores en toda su vida laboral⁴⁰.

A este respecto, el Pleno del TS acordó plantear ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad contra el apartado b) de la disposición adicional séptima LGSS/1994 (actual art. 248.2 LGSS)⁴¹, al entender que la aplicación de esta regulación de la integración de lagunas en supuestos de trabajadores a tiempo parcial puede constituir una discriminación indirecta por afectar mayoritariamente a las mujeres, en un supuesto en el que con 8.865 días cotizados a tiempo completo, tan sólo se habían cotizado 37 días a tiempo parcial, pero esos días a tiempo parcial se cotizaron antes del periodo de laguna, por lo que la integración de la misma se debía realizar teniendo en cuenta la base de cotización mínima correspondiente al número de horas contratadas, reduciéndose considerablemente la prestación. Sin embargo, la STC 156/2014, de 25 de septiembre de 2014 (RTC 2014, 156), con el voto particular del magistrado Xiol Ríos, declara que esta fórmula de integración de lagunas es constitucional⁴², que la norma lo que hace es trasladar a los trabajadores a tiempo parcial la misma regla que rige con carácter general para los trabajadores a tiempo completo y, aunque admite que podría haberse articulado otra fórmula más acorde con los principios de contributividad y proporcionalidad, no entiende que haya discriminación, entre otras razones porque el demandante es un varón, lo que induce a pensar que de haber sido una mujer la solución podría haber sido también distinta⁴³.

También el TJUE se ha pronunciado a este respecto, y contra todo pronóstico⁴⁴, en la STJUE de 14 de abril de 2015 (TJCE 2015, 15), asunto Cachaldora, señala igualmente que no hay discriminación por razón de sexo⁴⁵. El TJUE considera que dado que la norma sobre la integración de lagunas no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, los datos estadísticos generales sobre el colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad no son pertinentes para demostrar que la norma afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres y que aunque la trabajadora en este caso se viera perjudicada por esta fórmula de integración de lagunas, no puede descartarse que otros trabajadores a tiempo parcial se vean beneficiados⁴⁶.

Nuevamente, en 2015, el TC, en la STC 110/2015, de 28 de mayo de 2015 (RTC 2015, 110), vuelve a confirmar la constitucionalidad de la regulación de la integración de lagunas de cotización de los trabajadores a tiempo parcial para el acceso a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente por contingencias comunes. En este caso, es una mujer la demandante, y aunque el propio Tribunal reconoce que cabría una regulación más idónea, declara que la vigente no carece de justificación ni de objetividad, que pudiera ir en contra de los principios constitucionales⁴⁷. Y como ya hiciera el TJUE, incide en que no se produce un efecto especialmente discriminatorio para las mujeres por dos motivos: 1) no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a los que han visto interrumpidas sus cotizaciones y siempre que ese paréntesis sea posterior a un contrato a tiempo parcial; y 2) puede favorecer o beneficiar al interesado dependiendo de que antes

⁴⁰ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *op. cit.*, pág. 223.

⁴¹ Vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Integración de las lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial” (STC 151/2014, de 25 de septiembre [RTC 2014, 15])”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015, págs. 107-128.

⁴² Vid. GALA DURÁN, C.: “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: un paso atrás en el camino de la equiparación de condiciones. Comentario a la STC 156/2014, de 25 de septiembre (RTC 2014, 156)” en *IUSLabor*, núm. 3, 2014.

⁴³ PANIZO ROBLES, J.A.: “Las lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC de 25 de septiembre de 2014)”, *Revista de Información Laboral*, núm.9, 2014, pág. 102.

⁴⁴ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: “La jubilación de los trabajadores a tiempo parcial: vicisitudes de una ordenación en la línea roja de la protección social. Consideraciones críticas y propuestas de mejora”, *Información Laboral*, núm. 11, 2018, (BIB 2018/17108).

⁴⁵ Vid. PANIZO ROBLES, J.A.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional están de acuerdo: la forma de cálculo de la base reguladora de las pensiones en supuestos de tiempo parcial no es discriminatoria (STJUE de 14 de abril de 2015)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, abril, 2015.

⁴⁶ POQUET CATALÁ, R.: “De nuevo con la discriminación indirecta por razón de sexo de los trabajadores a tiempo parcial en materia de seguridad social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 207, 2018, págs. 66-67.

⁴⁷ PANIZO ROBLES, J.A.: “La integración de lagunas de cotización en el caso de trabajadores a tiempo parcial, no es inconstitucional, aunque la demandante sea una mujer (STC de 28 de mayo de 2015)”, *Aranzadi digital*, núm. 1/2015, (BIB 2015/2949).

del periodo de interrupción se haya trabajado a tiempo completo o a tiempo parcial, con independencia de cuál haya sido la modalidad de contratación predominante a en toda su carrera de cotización⁴⁸.

Pese a los citados pronunciamientos judiciales, no es una cuestión pacífica, y el tema ha llegado también al TS, que en las SSTs de 20 de abril de 2017 (RJ 2017, 2154) y de 16 de marzo de 2017 (RJ 2017, 2372), siguiendo el mismo criterio que el TC y el TJUE, e incidiendo en el tenor literal de la norma, confirman que cuando se dice que “la integración de los periodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término”, no cabe duda que la norma se está refiriendo al último trabajo, con independencia de que su carrera de cotización haya sido básicamente a tiempo completo⁴⁹.

Por todo lo cual, sólo cabe decir que con independencia de que la regla para la integración de lagunas pueda ser considerada más o menos ajustada a los principios de contributividad y proporcionalidad, tanto el TC como el TJUE parecen coincidir en la necesidad de una prueba más evidente de que son las mujeres las perjudicadas por esta norma⁵⁰.

III. CONCLUSIONES: EL COSTE SOCIAL DE LA CONCILIACIÓN A TRAVÉS DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Partiendo de la doble premisa de que la conciliación entre el trabajo remunerado y el ámbito personal y familiar se traduce en tiempos de ausencia en el trabajo remunerado y que como todo en la vida tiene un coste, es obvio que el contrato a tiempo parcial, en cuanto que no es una de las instituciones jurídicas creadas *ad hoc* para la conciliación, no goza de ningún privilegio para el trabajador, más allá de los tiempos de ausencia en el trabajo que le permiten atender sus necesidades personales y familiares, por lo que ni desde el punto de vista de su regulación laboral, ni desde el punto de vista de la Seguridad Social, constituye una buena solución para la conciliación.

Otro de los déficits del contrato a tiempo parcial como medida de conciliación es que no suele ser una opción elegida como tal, como ha podido advertirse en las tablas 1, 2 y 3. Además, en la práctica no hay ningún beneficio ni laboral ni de seguridad social vinculado a la razón de ser del contrato a tiempo parcial.

Las personas que trabajan a tiempo parcial con el fin de poder disponer de más tiempo para conciliar su vida laboral, familiar y personal, no sólo se enfrentan a condiciones laborales que pueden dificultar esa pretensión (horas complementarias, distribución irregular de la jornada, y otra serie de trabas que no son objeto de esta comunicación), también a una merma de su protección social contributiva. ¿Son los ciudadanos quienes han de asumir en el coste social de la maternidad, paternidad, protección de las personas dependientes...?. La única solución para que no sea así son las políticas públicas de conciliación, que pasan fundamentalmente por la externalización de los cuidados, pero ¿qué ocurre con quienes quieren asumir personalmente esos cuidados durante un tiempo sin renunciar al mercado de trabajo?, ¿sería posible implementar medidas para que el contrato a tiempo parcial pueda ser una medida de conciliación menos perjudicial en materia de seguridad social?, ¿habría entonces que distinguir categorías de contrato a tiempo parcial según los motivos?. No parece viable una solución así, si bien es cierto que la reducción de jornada por motivos familiares viene a actuar como una especie de contrato a tiempo parcial en el que por un periodo de tiempo no repercute en la carrera de seguro, la situación es diferente a la del contrato a tiempo parcial y debe seguir siéndolo, no obstante lo cual, posiblemente cabría aprovechar estas páginas para reivindicar que ese periodo de tiempo en el que la reducción de jornada no repercute en la carrera de seguro debería de ampliarse en el caso del cuidado de menores de 3 años hasta su entrada en educación infantil. Además, hay que advertir que una vez transcurrido el tiempo en el que la

⁴⁸ *Ídem*.

⁴⁹ POQUET CATALÁ, R., *op. cit.*, págs. 69.

⁵⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch, 2017.

legislación prevé que la reducción de jornada no tenga efectos en materia de cotización, el trabajador estaría en la misma situación que el trabajador a tiempo parcial, por lo que, si decide continuar con su reducción de jornada, le afectará en materia de seguridad social igual que al trabajador a tiempo parcial.

Como se ha puesto de manifiesto, el coste social del trabajo a tiempo parcial repercute en la acción protectora, lógicamente en la cuantía de la prestación, pero también en el acceso a la prestación por carecer del periodo de cotización previo. Aunque se ha avanzado desde la estricta proporcionalidad hasta la regla según la cual cada día trabajado se computa como día cotizado -eso sí, aplicándose dos coeficientes de parcialidad-, los trabajadores a tiempo parcial vertical se han visto perjudicados con esa regla en el acceso a la prestación por desempleo hasta la reciente aprobación del RD 950/2018, y la normativa sobre la integración de lagunas aunque pueda parecer que en unos casos favorece y en otros no al trabajador a tiempo parcial, lo cierto es que rara vez se va a observar que una carrera de cotización a tiempo parcial tiene un periodo de trabajo a tiempo completo antes de una laguna, siendo mucho más común la situación contraria. ¿Cuáles podrían ser las soluciones?. Para la integración de lagunas, considerar la parcialidad global de la carrera de cotización a la hora de estimar la base con la que ha de integrarse la laguna, parece ser la solución más proporcionada. Y para los trabajadores parciales verticales, el Gobierno ha decidido no aplicar ningún factor de corrección y que se tengan en cuenta también los días en los que no se ha trabajado, salvo que se trate de periodos de inactividad productiva conforme al art. 267.1.d) LGSS.

En todo caso, hay que tener en cuenta que el trabajador a tiempo parcial puede suscribir un convenio especial, aunque es una medida poco viable para los hogares con menos recursos. Y tampoco se puede obviar que la cuantía de las pensiones contributivas se podrá incrementar a través de los complementos a mínimos. Pero lo que está claro es que, en un sistema contributivo, en mayor o menor medida, el trabajo a tiempo parcial va a tener siempre un coste en la carrera de seguro, que sólo se podría salvar subvencionando la parte de cotización correspondiente hasta el 100 % de la jornada por motivos de conciliación acreditados, una medida difícil de articular con el actual problema de sostenibilidad del sistema, y que no hace sino recurrir, al manido “trabajo subvencionado”, si bien, como ya se ha expresado, todo tiene un coste, y el coste social de la conciliación habrá de asumirlo o una de las partes de la relación laboral o el propio Estado.

CAPÍTULO X. EL PERMISO POR MATERNIDAD

SILVIA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Doctora en Ciencias Jurídicas en la Universidad de Granada

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Granada

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas ha ido evolucionando la protección de la maternidad superando el tradicional paradigma de tratamiento, pero sin perder el concepto de la maternidad en sentido estricto.

De este modo, se ha ido atribuyendo un tratamiento jurídico propio y específico que ha combinado la dimensión sanitaria y los aspectos relativos al cuidado de la salud del hijo recién nacido.

Conforme ha ido transcurriendo el tiempo, el tradicional derecho a la maternidad se ha ido enriquecido por nuevas formas distintas a la maternidad biológica y de conciliación de la vida laboral y familiar.

La Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI) ha supuesto un cambio profundo en el modelo de protección sociolaboral debido a una transformación en la percepción de la maternidad más compleja (que vincula las distintas perspectivas concurrentes e interrelacionadas como la salud, el principio de igualdad y la dimensión de genero enmarcada en la conciliación de la vida personal, laboral y familiar).¹

La tutela dinámica de la situación protegida abarca el parto, el parto y puerperio que conlleva una compleja y diversa regulación jurídica a fin de crear medidas directas de protección encaminadas a la tutela prevalente de la mujer e indirectamente al hijo recién nacido, adoptado o en régimen de acogimiento.

No obstante, hay que destacar que el modelo de regulación persigue otras finalidades adicionales de interés general como la mejora de los índices de natalidad y la estructura demográfica, así como en la sostenibilidad de un sistema público de pensiones basado en un régimen financiero de reparto.

Amén de lo anteriormente expuesto, el principal de los objetivos que persigue la normativa sobre la protección de la maternidad es evitar la expulsión de la mujer del mercado de trabajo proporcionándole su reincorporación después de los procesos de maternidad y atención a los hijos concebidos.

II. LOS PERMISOS POR MATERNIDAD EN LOS DISTINTOS RÉGIMENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El permiso de maternidad es el periodo de descanso laboral al que tiene derecho toda trabajadora en los casos de parto, adopción o acogimiento.

¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El replanteamiento del sistema de protección de la maternidad. La renovada configuración de la maternidad” en AAVV: MOYA AMADOR, R. (Directora), SERRANO FALCÓN, C. (Coordinadora), CASAS BAAMONDE, M.E.; PÉREZ DEL RÍO, T.; GONZALEZ DE PATTO, R.M.: *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2016, página 417.

1. EL PERMISO POR MATERNIDAD EN EL RÉGIMEN GENERAL

No obstante, para tener derecho a ese permiso y/o prestación por maternidad en el Régimen General deberá de cumplirse los requisitos que establece el artículo 165 LGSS:

- 1º. Estar en alta o en situación asimilada al alta en el Régimen General.
- 2º. Acreditar un periodo mínimo de cotización.

La situación asimilada al alta no debe de presentar problemática alguna, siempre y cuando la trabajadora se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

- Desempleo percibiendo su prestación de carácter contributivo.
- El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo.
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.
- Para los artistas y profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
- El convenio especial para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las Comunidades Autónomas.

El período considerado de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de la violencia de género.

La situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato.

- Los períodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad.

- Maternidad precedida de incapacidad temporal (IT). Cuando entre la extinción de la IT por alta médica y el inicio de la situación por maternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por IT y el inicio del descanso por maternidad el mismo día, bien por tener lugar ésta al día siguiente de aquélla.

En relación al segundo requisito relacionado con el periodo mínimo de cotización, el artículo 178 LGSS establece que la trabajadora debe acreditar la siguiente cotización:

- Si la trabajadora es menor de 21 años no hace falta periodo de cotización previo.
- Si tiene cumplidos entre 21 y 26 años, se necesitará haber cotizado 90 días dentro de los 7 años anteriores.
- Si tiene más de 26 años, se necesita haber cotizado al menos 180 días dentro de los 7 años anteriores.

La duración del permiso de maternidad es de 16 semanas ininterrumpidas, salvo que ocurra alguna de estas circunstancias:

a) Si se trata de un parto múltiple se tiene derecho a 2 semanas más por cada hijo a partir del segundo.

b) Si se trata de nacimiento de hijo con discapacidad igual o superior al 33 %, otras 2 semanas más.

c) Si se trata de parto prematuro o en situaciones en que deba permanecer hospitalizado después del parto las 16 semanas pueden interrumpirse o ampliarse de la siguiente forma:

d) Se interrumpe la duración y el cobro del subsidio una vez que, a petición de la madre, se hayan superado las 6 semanas obligatorias de descanso a continuación del parto. Pudiéndose reanudar a continuación del alta hospitalaria.

e) Si la hospitalización es superior a 7 días, la maternidad se amplía tantos días como el neonato permanezca hospitalizado, con un máximo de 13 semanas más.

f) Para personas incluidas en el ámbito del Estatuto Básico del Empleado Público, se puede ampliar la maternidad hasta 13 semanas más si el neonato tiene que seguir hospitalizado a continuación del parto.

2. PARTICULARIDADES DE TRABAJADORAS A TIEMPO PARCIAL

Las personas que trabajan a tiempo parcial son beneficiarias y tienen derecho al permiso y prestación económica por maternidad, con las particularidades establecidas en el Real Decreto 1131/2002 de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

A fin de facilitar a los trabajadores a tiempo parcial el periodo mínimo de cotización, la LGSS en su artículo 247 establece una ampliación del periodo de referencia para su cómputo en proporción a la diferencia entre su jornada y la jornada habitual en la actividad correspondiente

3. EN LOS SUPUESTOS DE PLURIEMPLEO O PLURIACTIVIDAD

En las situaciones de pluriempleo y pluriactividad la trabajadora podrá disfrutar de los descansos y prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos, de forma independiente e ininterrumpida, pudiendo producirse las siguientes situaciones:

- a) Que la trabajadora acredite las condiciones para acceder al permiso o prestación por maternidad en cada uno de los regímenes en que cotiza. En ese caso tendrá derecho al reconocimiento de la prestación en cada uno de ellos.
- b) Que la trabajadora acredite las condiciones para acceder a la prestación por maternidad solamente en uno de los regímenes en los que cotiza. En este supuesto, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas en dicho régimen.
- c) Que la trabajadora no reúna los requisitos para acceder a la prestación por maternidad en ninguno de los regímenes en los que cotiza. En este caso, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan. Si aun totalizando las cotizaciones no se alcanza el derecho, se reconocerá en caso de parto el subsidio de naturaliza no contributiva.

4. EN LOS SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y DESEMPLEO

En los supuestos de IT iniciados antes del parto y sin que la trabajadora hubiera optado por el descanso maternal, se mantendrá hasta el momento del parto y a partir del parto comenzará el disfrute del descanso por maternidad.

No obstante, si transcurrido el permiso por maternidad, la anterior situación de IT persistiera, se reanudará el computo interrumpido, aun cuando se hubiera extinguido el contrato de trabajo.²

Cuando la persona trabajadora se encuentre en situación de maternidad y durante la misma se extinga su contrato pasando a encontrarse en situación de desempleo, seguirá percibiendo la prestación por maternidad hasta que extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación.

² Artículo 10 RD 295/2009, de 6 de marzo.

Si la persona trabajadora está percibiendo la prestación por desempleo y pase a la situación de maternidad o paternidad, percibirá la prestación por estas últimas contingencias en la cuantía que corresponda.

5. SISTEMA ESPECIAL PARA TRABAJADORES POR CUENTA AJENA AGRARIOS

Las personas trabajadoras por cuenta ajena incluidas en el Régimen Especial Agrario (en adelante REA) están integradas desde el 1 de enero de 2012, en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un Sistema especial para dichas personas trabajadoras, por ello tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General, aunque con algunas particularidades.³

La trabajadora deberá efectuar el ingreso de las cotizaciones correspondientes durante los períodos de inactividad, pues es la propia persona trabajadora la responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y del ingreso de las cuotas correspondientes durante los mismos.⁴

De este modo, durante los períodos de inactividad, la acción protectora del Sistema Especial incluirá las prestaciones por maternidad.

Durante el periodo de actividad las labores agrarias, la empresa será la responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar.

6. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD/PATERNIDAD EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES

Dentro del sistema de la Seguridad Social se encuentran los Regímenes Especiales: el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia, el Régimen Especial de la Minería del Carbón y el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Los requisitos generales para causar derecho a las prestaciones por maternidad en estos Regímenes Especiales, son estar en alta o en situación asimilada al alta en el Régimen correspondiente y estar al corriente en el pago de las cuotas, de las que sean responsables directos.

En cuanto a las prestaciones por maternidad en el Régimen Especial de trabajadores del Mar se reconocen en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General de la SS, con la única salvedad, que estas se tramitan por el ISM (Instituto Social de la Marina) y no por el INSS.

7. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN EL RÉGIMEN DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Las personas incluidas en el RETA tienen derecho a la prestación por maternidad y paternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para las del Régimen General, aunque con algunas peculiaridades:

1ª. Las trabajadoras podrán disfrutar del descanso por maternidad a tiempo parcial, pero la percepción del subsidio y la reducción de la actividad sólo puede hacerse en un 50 %. El disfrute del permiso será ininterrumpido y sólo podrá modificarse a iniciativa de la persona trabajadora y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor.⁵

2ª. las personas trabajadoras pertenecientes al RETA, con excepción de los incluidos en el Sistema especial de trabajadores por cuenta propia agrarios y de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, presentarán una declaración de situación de actividad en el modelo oficial existente a tal efecto, sobre la persona que durante el descanso va a gestionar directamente el

³ Art. 1. Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por el que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social. (BOE, núm. 229, de 23 de septiembre de 2011)

⁴ Art. 255.3 a) LGSS.

⁵ DA primera 8 RD 295/2009, de 6 de marzo.

establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sea titular, o en su caso, declarar que va a proceder al cese temporal o definitivo en la actividad desarrollada.⁶

3ª. En el caso de “trabajadoras víctimas de violencia de género”, cuando estas cesan en su actividad para hacer efectiva su protección, queda suspendida la obligación de cotizar durante un período de 6 meses, que son considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones (incluida la de maternidad), considerándose su situación como asimilada al alta.⁷

4ª. Si estando la trabajadora en situación de maternidad se produce el cese en la actividad, seguirá percibiendo la prestación hasta que se extinga; extinguida ésta, podrá solicitar, la protección por cese de actividad y siempre que reúna los requisitos exigidos.

Si durante la percepción de la prestación económica por cese de actividad la persona beneficiaria se encuentra en situación de maternidad, se interrumpe la prestación y la cotización a la Seguridad Social y pasará a percibir la prestación que por estas contingencias le corresponda gestionada por su órgano gestor (INSS o ISM).

Una vez extinguida la prestación por maternidad, el órgano gestor de dicha prestación lo comunicará al órgano gestor de la protección por cese de actividad (generalmente una mutua de AT y EP) que reanudará, de oficio, el abono de la prestación económica por cese de actividad hasta el agotamiento del período de duración al que tenga derecho.⁸

III. EL RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y DURANTE LA LACTANCIA: SUSPENSIÓN CONTRACTUAL COMO MEDIDA PREVENTIVA

La Ley 39/1999 de 5 noviembre incluyó una nueva causa de suspensión en el artículo 45.1. e) del Estatuto de los Trabajadores, la situación de riesgo durante el embarazo, la cual es desarrollada en el apartado ocho del artículo 48 del ET, que a su vez se remite al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.⁹

El artículo 25 de la LPRL establece la obligatoriedad del empresario de proteger a los trabajadores especialmente sensibles quedando materializado en el artículo 26 LPRL cuando la trabajadora se encuentra en periodo de embarazo o de lactancia y se contemple los posibles riesgos que pueda afectar a su salud.

No obstante, para que el empresario pueda llevar a cabo esta tutela preventiva debe de tener conocimiento de la situación biológica de la trabajadora siendo obligación de ésta de efectuar la comunicación al empresario conforme establece el artículo 29.2.4 LPRL que obliga al trabajador a “informar de inmediato... acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo”.

Una vez detectada la existencia de un riesgo para la seguridad y salud de la mujer embarazada o en periodo de lactancia se establece un protocolo de actuación estructurado en tres niveles de aplicación subsidiaria conforme establece el artículo 26 de la LPRL.

En primer lugar, el empresario deberá adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo a la empleada, pudiendo llevarse a cabo de forma sencilla o pudiendo implicar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en tal caso no resultará de aplicación el artículo 41 del ET de la forma de llevarse a cabo el mismo.

En segundo lugar, cuando no fuera posible la adaptación del puesto de trabajo o aun habiéndose adaptado hubiera riesgos, deberá valorarse el cambio a un puesto de trabajo exento de los mismos a fin de evitar situaciones de fraude.

⁶ Art. 14.8 y art. 30.5 RD 295/2009, de 6 de marzo.

⁷ Art. 21.5 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE, núm. 313 de 29 de Diciembre de 2004).

⁸ Art. 343.4 LGSS.

⁹ RODRIGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J.: *Dimensiones jurídico – laborales del Derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015, página 83.

El cambio deberá efectuarse a efectuarse a un puesto que se encuentre dentro de grupo profesional de la trabajadora y solo cuando ello no sea posible se produciría una movilidad fuera del grupo.

En tercer lugar, en el caso de que el cambio de puesto resultara inviable por razones técnicas u objetivas, o bien por otros motivos justificados podrá dispensarse a la trabajadora de la prestación de servicios.

Hay que destacar el carácter obligatorio de la LISOS, el cual establece con especial rigor el cumplimiento de las medidas de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo o lactancia, estableciéndose sanciones administrativas en caso de inaplicación de las mismas.¹⁰

IV. LA EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS Y LA MATERNIDAD

El permiso por maternidad está pensado para cuidar al menor durante los primeros momentos de vida. Una vez a agotados los mismos, el menor sigue requiriendo atenciones continuadas.

De ahí, nace la necesidad del legislador de regular la excedencia para cuidado del menor como un mecanismo que permite prorrogar el tiempo dedicado al mismo tras a finalización de la suspensión por maternidad.

1. EL CUIDADO DE HIJOS O MENORES

La excedencia para el cuidado de menores permite la prolongación de los cuidados más allá de la situación suspensiva.

La duración de la excedencia para el cuidado de un menor se establece en un máximo de tres años desde la fecha de nacimiento o desde la resolución judicial o administrativa por la que se constituya la adopción o el acogimiento.

Por tanto, en el supuesto de un hijo biológico sólo se podrá ejercitar este derecho durante los tres primeros años de vida. En cambio, cuando se trata de una filiación adoptiva o de un acogimiento, el cómputo de los tres años depende de un acto jurídico siendo irrelevante la edad del menor.

Durante el tiempo que se superponga esta medida y el permiso de maternidad, la trabajadora deberá optar por acogerse a una u otra, siendo previsible que opte por la suspensión, ya que tendría derecho a la prestación de la Seguridad Social que perdería si acudiera a la excedencia.¹¹

No obstante, considero que el legislador ha tenido una falta de coordinación en la regulación del permiso por maternidad y la excedencia por cuidado de hijo, ya que la excedencia debería comenzar después del descanso obligatorio de las seis semanas posteriores al parto o una vez finalizada la suspensión, debiendo tener la excedencia un carácter subsidiario a fin de que no se vea disminuido el tiempo que podrá dedicar al menor en periodo de excedencia.

Por otro lado, podemos observar que en los supuestos de suspensión por maternidad en parto múltiples el legislador ha sido consciente de la mayor disponibilidad que requiere el cuidado de varios hijos a la vez, por lo que amplía la duración del periodo de suspensión. Sin embargo, el legislador no aplica el principio de proporcionalidad e igualdad en relación a la excedencia de tantos hijos como nacidos, no realizando alusión alguna al respecto y dejando el tema en el aire...

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹² ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a este aspecto en la Directiva 2010/18/UE de 8 de marzo en relación al permiso parental que se asemeja a la excedencia por cuidado de hijo y establece que no se confiere el derecho a tantos

¹⁰ RODRIGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J.: *Dimensiones jurídico – laborales del Derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral...* op.cit, pagina 84.

¹¹ RODRIGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J.: *Dimensiones jurídico – laborales del Derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral...* op.cit, pagina 88.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2010.

permisos parentales como hijos hayan nacido, al no concederse al hijo un derecho individual al mismo.

Aun así, el TJUE concluye reconociendo que se trata de una situación concreta que debe tener en cuenta el legislador nacional, por lo que en aras del principio de igualdad de trato debe contemplar medidas en la normativa interna.

Por tanto, podemos concluir que conforme al artículo 46.3 del ET el derecho a la excedencia será único con independencia del número de hijos nacidos estableciéndose una duración máxima de tres años.

El legislador debería de otorgar más flexibilidad a la excedencia de cuidado de hijo menor e incrementar la edad del sujeto causante (menor) de los tres a los ocho años a fin de otorgales a los progenitores más libertad para hacer uso del derecho en cualquier momento hasta ese límite de edad.¹³

V. EL SUBSIDIO POR MATERNIDAD

La regulación del subsidio por maternidad está contenida en el Capítulo VI de la LGSS en los artículos 177 a 182. El subsidio por maternidad tiene una naturaleza general de carácter contributivo y otra especial de carácter no contributivo como se estudia a continuación.

1. EL SUBSIDIO POR MATERNIDAD CONTRIBUTIVO

La suspensión contractual (en el caso de trabajadoras o trabajadores por cuenta ajena) y el permiso (en el caso de funcionarias o funcionarios) se completa con la protección que otorga el sistema de Seguridad Social bien permisos o licencias durante la relación laboral.

El desarrollo reglamentario de la prestación por maternidad viene contemplado en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

El artículo 1 del Real Decreto establece que será de aplicación a todos los regímenes del sistema de la SS, y de aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general reguladora del Régimen correspondiente.

Las situaciones protegidas por el subsidio son:

1º. La maternidad biológica: se incluye los alumbramientos que tengan lugar tras más de 180 días de vida fetal, con independencia de que el feto nazca vivo o muerto.

2º. La adopción y el acogimiento familiar: tanto preadoptivo como permanente o simple, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a 1 año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, de:

- Menores de 6 años.
- Mayores de 6 años pero menores de 18 con discapacidad o que, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. A estos efectos, se entiende que presentan alguna discapacidad, cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33 %.

3º. Los acogimientos provisionales: formalizados por las personas integradas en el Régimen General de la S.S. e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP (art. 2.1 R.D. 295/2009).

¹³ RODRIGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J.: *Dimensiones jurídico – laborales del Derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral...* op.cit, pagina 89.

Se considerarán jurídicamente equiparables aquellas *instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras*, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, (ahora adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento) cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.

4º. La constitución de tutela: sobre un menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor¹⁴, siempre que conlleve la convivencia entre el tutor y el tutelado, y en los mismos términos de edad que el adoptado o acogido.

A) La prestación económica por maternidad

La prestación económica por maternidad consiste en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora que corresponda a cada progenitor, lo cual produce un cambio en la cuantía de la prestación dependiendo de quien se beneficie de ella.¹⁵

La base reguladora es la equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Las bases de cotización a la Seguridad Social tienen unos topes máximos y mínimos, siendo el tope máximo en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social que lo tengan establecido, cualquiera que sea la categoría profesional y grupo de cotización, durante el año 2018 el tope mínimo es de 858,60 euros mensuales y el tope máximo 3.751,20 euros mensuales. Por tanto, si la prestación por maternidad es un 100 % de la base reguladora esta podrá ser como máximo de ese importe.

En el supuesto de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor realizados de forma simultánea, el INSS concede “un subsidio especial” por cada hijo o por cada persona menor acogida, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto o a partir de la resolución administrativa o judicial de acogimiento.

De este modo, se reconocerá el subsidio especial por parto, adopción o acogimiento múltiples y tendrá la condición de beneficiario quien a su vez lo sea de la prestación económica por maternidad, siempre que disfrute un periodo de descanso de seis semanas inmediatamente siguientes al parto, adopción o acogimiento múltiples.

Dicho subsidio únicamente podrá percibirse por uno de los progenitores o acogedores, que, en caso de parto, se determinará por opción de la madre y en caso de adopción o acogimiento por acuerdo de los interesados.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, si la percepción del subsidio por maternidad hubiera sido interrumpida, cuando ésta se reanude, una vez que la criatura haya sido dada de alta hospitalaria, dicho subsidio se percibirá en la misma cuantía en que se viniera abonando antes de la interrupción, salvo que sea modificada la base reguladora.¹⁶

Si durante el periodo de percepción del subsidio por maternidad, se extingue el contrato de trabajo de la madre o el padre o se produce el cese en la actividad en el caso de personas autónomas, no se interrumpirá la percepción del subsidio.

2. EL SUBSIDIO NO CONTRIBUTIVO

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) introduce un subsidio especial de carácter no contributivo para dar protección por maternidad a las

¹⁴ Art. 2.1. RD 295/2009.

¹⁵ Art. 6.1 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁶ Art. 7.7 RD 295/2009, de 6 de marzo

trabajadoras más jóvenes, que por razón de su edad tienen una corta vida laboral y por ello tienen menor cotización, o incluso ninguna y que anteriormente quedaban desprotegidas.

Anteriormente, las trabajadoras suspendían su contrato de trabajo durante seis semanas (obligatorias tras el parto), pero sin tener ninguna prestación de Seguridad social por falta de cotización.

En la actualidad, cualquier trabajadora dada de alta en cualquier régimen de la Seguridad Social y reúna todos los requisitos establecidos para acceder al subsidio por maternidad, salvo el periodo mínimo de cotización serán beneficiarias del subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva.

En este subsidio se incluye solamente la maternidad biológica y la titularidad es exclusivamente materna, sin que exista la cesión al otro progenitor, ya que se pretende dar protección a la madre que acaba de dar a luz para que se recupere físicamente del puerperio, por ello la duración de esta prestación son 42 días (6 semanas), el tiempo de duración de éste.

La cuantía de la prestación no se calcula en función de la base reguladora de la trabajadora como es habitual en las prestaciones de la Seguridad Social, sino que corresponde a la cuantía diaria es igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.¹⁷

El IPREM establecido para el año 2018 es de 17,93 €/día o 537,84 € mensuales, cuantía que se mantiene inalterable desde el año 2017.

No obstante hay algunas excepciones, en las que se toma para el cálculo de la prestación la base reguladora de la trabajadora:

1º. Si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

La finalidad de esta última regla es evitar que en este supuesto especial se devengue un subsidio por maternidad con una cuantía mayor que la que hubiera percibido la trabajadora si hubiese accedido a la prestación contributiva.

2º. Cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora diaria, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.¹⁸

No obstante, considero que el legislador ha establecido el número de 365 días sin una razón lógica, ya que puede darse la circunstancia de que la trabajadora haya trabajado menos de un año, por lo que el legislador debió establecer como denominar el número de días de contratación efectiva.

El subsidio por maternidad no contributiva nace a partir del día del parto y su duración es de 42 días naturales a contar desde el alumbramiento.

Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los siguientes supuestos:

1º. En los casos de nacimiento de hijo o hija en una familia numerosa, o que por tal motivo adquiera dicha condición.¹⁹

2º. En los supuestos de parto múltiple (entendiéndose por parto múltiple cuando el número de personas nacidas sea igual o superior a dos).

3º. En los casos de nacimiento de hijo o hija en una familia monoparental, (se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo o hija nacida y que constituye el sustentador único de la familia).

¹⁷ Disposición Adicional centésima séptima. Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

¹⁸ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J: *La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 79, 2009, página 176.

¹⁹ Art. 17.2 RD 295/2009, de 6 de marzo: A efectos de la consideración de familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

4º. Cuando la madre o el hijo o hija estén afectados por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 %.

El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

No obstante, considero que no existe una equidad entre lo establecido en el Real Decreto 295/2009 y la LGSS en relación a la situación de ampliación de la prestación de carácter no contributivo y contributivo.

El Real Decreto ha previsto algunas ampliaciones de la prestación que no contempla para la prestación de naturaleza contributiva, como que el hijo haya nacido en el seno de una familia numerosa o monoparental. Si bien es cierto que la prestación contributiva es más corta (42 días), por lo que es posible que el legislador haya querido ser más protector.

Por otro lado, se amplía en caso de discapacidad de la madre, que en el supuesto de la contributiva tampoco se contempla, y por el contrario aumenta el grado de discapacidad del hijo o hija hasta un 65 % para poder acceder a la ampliación mientras que en la prestación contributiva es un 33 %.

Sin embargo, en los casos de partos prematuros y de hospitalización de los neonatos, la duración del subsidio no se amplía, ni tampoco procede la interrupción del abono del subsidio como sucede en la prestación contributiva pues la finalidad de este es la recuperación de la madre tras el parto.

Por tanto, no se le da el tratamiento de una medida para que la madre pueda conciliar trabajo y cuidados al neonato.

VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS DE APOYO FAMILIAR: LOS PERMISOS POR NACIMIENTO PARA MADRES Y PADRES

En las últimas décadas ha habido una lucha por obtener una legislación estatal avanzada, coherente y comprometida con esta materia, ya que la incorporación de la maternidad a los regímenes de la seguridad social cumplía una función estrictamente protectora tanto en el ámbito sanitario como económico.

La ordenación actual, reserva la protección económica de la maternidad para quienes forman parte del sistema o regímenes de la Seguridad Social, que por su carácter contributivo incorporan a quienes realizan una actividad económica, quedando excluidas el resto de ciudadanas.

La protección a la mujer trabajadora en situación de alta o asimilada al alta produce un desajuste importante entre los nacimientos y las prestaciones de maternidad reconocidas.²⁰

La prestación por maternidad debería estar universalizada, configurándose como un derecho de la ciudadanía durante las primeras seis semanas de descanso a fin de proteger e incentivar la natalidad.

De este modo, la prestación económica debería girar en torno al salario mínimo interprofesional para todas las mujeres estén o no en situación de alta o asimilada al alta, ya que se trata de una prestación basada en la política familiar y no una prestación de carácter contributivo sin más.

Dicha prestación sería independiente e incompatible con cualquier prestación otorgada por los sistemas públicos y privados.

Otra opción para flexibilizar los requisitos para el acceso a la prestación podría ser la reducción del periodo de cotización previo a 90 días con carácter general a partir de 21 años y establecer un tiempo de referencia para su cómputo pasando de 7 años a 10 años.

²⁰ TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, página 131.

A su vez, podría ampliarse los supuestos de situaciones asimiladas a la de alta en los casos por excedencia por cuidado de hijos y familiares, suspensión disciplinaria de empleo y sueldo y el periodo de suspensión de contrato por violencia de género.

El permiso por maternidad que nació para proteger la salud de las trabajadoras tras el parto, aunque sigue vinculada a la recuperación física de la madre en las seis semanas posteriores al alumbramiento, ha evolucionado, dejando de ser esta su principal finalidad.

No obstante, los problemas (o riesgos) de salud de la madre tras el parto o durante el embarazo están cubiertos actualmente por la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común, sin que realmente responda a una enfermedad los elementos conceptuales de la incapacidad temporal, sino más bien a medidas terapéuticas interpuestas dirigidas concretamente al proceso de gestación.²¹

Dicha circunstancia, implica una afectación de una contingencia inapropiada y la aplicación de medidas desincentivadoras y antiabsentistas ajenas a la maternidad.

De igual modo, se atribuye al empresario el coste de una situación que no se corresponde, tanto en la perspectiva económica como desde la perspectiva de apoyo institucional, ya que no son aplicables las bonificaciones existentes para la maternidad.

El proceso de gestación, parto y puerperio debería ser unitario y proteger las alteraciones producidas durante el periodo de gestación y los periodos de descanso por maternidad, lo cual libraría al empresario de un coste que no le corresponde.²²

Todo ello, como se ha dicho anteriormente contando con mayor flexibilidad para el acceso a la prestación e incorporando los periodos de gestación, ya que puede darse la circunstancia de que la trabajadora reúna los requisitos para la prestación para la maternidad y no para la incapacidad temporal.

Las alteraciones producidas durante la gestación derivan en una incapacidad temporal por contingencia común cuando realmente debería de tener un tratamiento de descanso por maternidad debiendo percibir el 100 % de la base reguladora a cargo de la Seguridad Social.

VII. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

1. EL PERMISO O REDUCCIÓN DE JORNADA POR LACTANCIA DE UN HIJO MENOR DE NUEVE MESES

Nuestra legislación seguía otorgando a la madre la tarea de la lactancia, aunque esta fuera artificial, y haciendo inviable la corresponsabilidad entre los progenitores, como consecuencia, el Tribunal de la Unión Europea incorporó la perspectiva de la corresponsabilidad en la sentencia dictada en el asunto Roca Álvarez (STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09), en la que consideró discriminatoria contra el colectivo de mujeres una norma estatal.²³

El TJUE considera una atribución exclusiva o preferentemente femenina de los beneficios vinculados al cuidado de los descendientes provoca el efecto de perpetuar roles de cuidado en el colectivo de mujeres y, en consecuencia, resulta discriminatorio contra el colectivo de mujeres.²⁴

En la actualidad, el término “lactancia” no se refiere a la nutrición ya sea natural o artificial, sino que ahora, la finalidad de este permiso es la atención especial que requiere la criatura recién nacida en sus primeros días de vida, por ello se da la paradoja de que el permiso de lactancia (originalmente concebido para la lactancia materna) puede ser disfrutado por el padre

²¹ TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral...* op.cit., página 182.

²² TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral...* op.cit., páginas 142 y 143.

²³ Sentencia 2010/280 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 30 septiembre 2010, asunto C-104/09.

²⁴ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria* : Revista de Relaciones Laborales, Universidad del País Vasco, núm. 25, 2012, pág. 63.

De este modo, España tuvo que legislar un permiso de lactancia individual, para hombres y mujeres, que se lleva a cabo mediante, el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, tramitado como Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que modifica el artículo 37.4 ET.

Dicho artículo establece “*Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen*”.

Como podemos observar, otorga ese derecho tanto al hombre como a la mujer, pero lo curioso es que sólo pueda ejercerlo uno de los progenitores, lo que considero que de forma indirecta el legislador mantiene la discriminación en los roles de cuidado permitiendo que sólo uno pueda obtener el permiso.

Por tanto, considero que lo lógico e ideal es un reparto de las horas de lactancia entre ambos progenitores. Si los trabajadores tienen derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, podría repartirse media hora cada progenitor.

No obstante, el tiempo que otorga la ley es insuficiente, ya que un menor de 9 meses debe alimentarse cada 3 horas, pero también el progenitor debe desplazarse desde el centro de trabajo y regresar por lo que media hora fraccionada resulta insuficiente siendo necesaria media hora más. De tal modo, los progenitores podrían ausentarse 1 hora y media, pudiendo fraccionarse en dos tiempo de 45 minutos, repartiéndose el fraccionamiento por cualquiera de los dos progenitores.

El único inconveniente es que resultaría gravoso para las empresas que son quienes asumen la retribución de este permiso y tendría un efecto pernicioso en la contratación de mujeres en edad fértil, por eso el reparto del fraccionamiento entre ambos progenitores conllevaría un respiro para las empresas y se resentiría mucho menos la jornada y el rendimiento del trabajo.

Esta última modificación del permiso de lactancia plantea algunas cuestiones a tener en cuenta:

1º) Con anterioridad a la ley 3/2012, la titularidad del derecho seguía siendo de la madre trabajadora, quien podía ceder su disfrute al padre, siempre y cuando que este también trabajara, esta regulación otorgaba el rol del cuidado a la mujer y consideraba al hombre como un mero colaborador voluntario en esta tarea.

2º) Se sustituye el término “trabajadoras” por “trabajadores, hombres o mujeres”.

3º) Se amplía este derecho en caso de adopción o acogimiento.

4º) Este derecho es solo para uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen, dejando claro que se trata de un único permiso.

5º) No contempla otros supuestos, como que sea otra persona de la unidad familiar distinta de los progenitores la encargada de la lactancia, como podría ser cualquier pariente en caso de orfandad total de la persona menor de nueve meses, pudiendo haberse reconocido este derecho a quien tenga la tutela de la persona menor.

En relación a la posibilidad que establece ET de poder sustituir el permiso por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

La sustitución del permiso por una reducción de jornada considero que desvirtúa la finalidad de la medida, ya que el permiso de lactancia tiene que destinarse al fin para el que se ha concedido que es poder alimentar al recién nacido o en adopción durante la jornada laboral.

2. EL PERMISO O LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR NACIMIENTO DE HIJOS PREMATUROS O QUE NECESITAN HOSPITALIZACIÓN A CONTINUACIÓN DEL PARTO

Los progenitores (uno u otro) que a consecuencia del nacimiento prematuro de un hijo o cuando el neonato precise hospitalización tras el parto pueden optar por disfrutar un permiso

retribuido por la empresa de una hora diaria o una reducción de jornada de hasta dos horas con la correspondiente reducción salarial.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que introdujo el apartado cuatro bis en el art. 37 del anterior ET. Actualmente, este permiso actualmente viene regulado por el artículo 37.5 del nuevo ET, aunque sin modificar el contenido del anterior art. 37.4 bis.

No obstante, considero que el permiso o reducción de jornada será disfrutado casi en exclusividad por el padre, ya que la madre al ser un nacimiento biológico estará de permiso por maternidad, al menos en las seis primeras semanas, por tanto durante este tiempo únicamente podrá ejercer el derecho el padre.

La madre podrá interrumpir el disfrute del permiso de maternidad y la percepción del correspondiente subsidio, a continuación del período de descanso obligatorio (6 semanas posteriores al parto) y volver a reanudarlos a partir del alta hospitalaria del menor.

Si la hospitalización tiene una duración superior a siete días, se ampliará la duración del permiso por maternidad en tantos días como el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, con un máximo de trece semanas adicionales. Esta ampliación tendrá lugar aun cuando el beneficiario haya decidido interrumpir el disfrute del mencionado permiso. El disfrute del periodo adicional del subsidio corresponderá a la madre o, a opción de la misma, al otro progenitor, si reúne los requisitos necesarios y disfruta del descanso.²⁵

Al igual que ocurre con el permiso por lactancia donde se concede un permiso retribuido de ausencia del trabajo de una hora diaria para alimentar al menor, el cual es insuficiente, nos encontramos con el mismo problema en el permiso por nacimiento de hijos prematuros o que necesitan hospitalización a continuación del parto.

El tiempo de una hora no es suficiente para procurar cuidados al neonato, aun cuando la distancia entre el hospital y el centro de trabajo del padre no sea mucha. Como es insuficiente el tiempo retribuido de ausencia (1 hora), resulta obvio que el padre, tendrá que acudir normalmente a la reducción de jornada (hasta un máximo de dos horas).²⁶

Con independencia de lo anterior, cualquier discrepancia surgida entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute de esta reducción serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el Art. 139 Ley 36/2011, de 10 de octubre.

3. LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR RAZONES DE GUARDA LEGAL

Con anterioridad, los padres y madres que se acogían a la reducción de jornada para el cuidado de hijos menores podían disfrutar de este derecho hasta que el menor cumpliera los 8 años de edad (hasta el día antes).

El Real Decreto 16/2013 de fecha 21 de diciembre modifica el actual Artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, ampliando la edad de los menores hasta los 12 años.

Con la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012 se impide la flexibilidad al imponerse una reducción de jornada de debe concretarse de forma diaria, lo que la convierte en una medida rígida que atiende más a los intereses empresariales que a los de las personas trabajadoras que necesitan conciliar.

La reducción de jornada viene regulada en el artículo 37.6 ET y se pretende la conciliación de los trabajadores para afrontar el cuidado de menores y de familiares con el empleo laboral.

²⁵ apdo. 9, Art. 8, Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

²⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los permisos parentales: Avances y retrocesos tras las últimas Reformas*, Editorial Bomarzo. Albacete, 2013, páginas 19 y 20.

No obstante, dicha medida tiene consecuencias negativas, ya que tras los dos primeros años (en caso de cuidado de hijos o hijas) y el primer año (en caso de cuidado de personas con discapacidad o familiares) la base de cotización de la persona trabajadora se equipara a la cotización que le correspondería por jornada completa; sin embargo, los años restantes pasan a cotizar a tiempo parcial.

Tiene un “efecto negativo para las empresas”. Al tener que cubrir la jornada reducida de la persona que opta por esta medida de conciliación, genera unos costes empresariales: de búsqueda de candidaturas adecuadas al puesto y horario que queda vacante, de formación de la persona que cubre el puesto, de organización del trabajo.

En general, que las mujeres utilicen esta medida genera una sensación de falta de compromiso con la empresa, lo que limita sus oportunidades de progreso.

Además, si las mujeres reduzcan su jornada provoca que el hombre quede como principal sustentador económico de la familia mientras que ella al trabajar a tiempo parcial será una mera colaboradora en el sustento familiar. Esto perpetúa el rol de género, ya que la mujer al estar más tiempo en casa será la que realice las tareas domésticas y por supuesto las tareas de cuidado que finalmente son el motivo por el cual ha reducido su jornada laboral.

CAPÍTULO XI. RIESGO POR EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL DEL PERSONAL SANITARIO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

JUAN GARCÍA VIVANCOS

Doctorando en Derecho

Universidad de Murcia

Abogado

I. LAS PRESTACIONES POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL

1. RECEPCIÓN LEGAL

Las prestaciones de Seguridad Social por riesgo durante el embarazo y lactancia natural, se puede ver que han tenido una desigual entrada en nuestro Derecho.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras introdujo, mediante su artículo decimocuarto y bajo la rúbrica “Prestación económica de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo”, modificaciones en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) consistentes la adición del Capítulo IV ter, del Título II, con la rúbrica “Riesgo durante el embarazo”, que se incluían en los artículos 134 y 135 (hoy artículos 186 y 187).

Posteriormente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su Disposición adicional decimooctava, relativa a Modificaciones de la Ley General de la Seguridad Social, en su número diez, añade un nuevo Capítulo IV quinquies en el Título II, con la siguiente redacción “Riesgo durante la lactancia natural”, por el que se incluye esta nueva prestación, regulada en los artículos 135 bis y 135 ter (hoy artículos 188 y 189 de TRLGSS de 30 de octubre de 2015).

Esta ley orgánica, a su vez, operó una nueva modificación en el régimen de protección a la mujer embarazada, pasando a ser tratada como contingencia profesional la situación de riesgo durante el embarazo (números ocho y nueve de la citada Disposición Adicional decimooctava), al igual que hacía con la prestación por riesgo durante la lactancia natural, estableciendo un mismo régimen para ambas.

Las previsiones de los artículos 186 a 189 (puesto que sus redacciones son paralelas) establecen que la situación protegida es el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado (embarazo o período de lactancia natural), dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados; la prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo y lactancia natural tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales.

La prestación económica, en ambos casos, nace el día en que se inicia la suspensión del contrato de trabajo, y finaliza en el caso de riesgo por embarazo el día anterior al de inicio de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o al de reincorporación a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado; en el caso de riesgo por lactancia natural finaliza cuando el hijo cumpla nueve meses, salvo reincorporación anterior de la beneficiaria a su puesto de trabajo anterior o a otro

compatible con su estado, siendo en este caso el día anterior a su reincorporación el de extinción de la prestación.

La cuantía de la prestación económica se corresponde con el cien por cien de la base reguladora que corresponda, que será equivalente a estos efectos, a la establecida para la prestación por IT derivada de contingencia profesional, siendo la gestión y pago de la misma atribuida a entidad gestora o mutua colaboradora, con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

Por su parte, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, en los capítulos IV y V respectivamente, contiene las previsiones relativas a los subsidios correspondientes, condiciones y procedimiento para su obtención. Diferencia entre los supuestos de trabajadoras por cuenta ajena (artículos 31 a 39), trabajadoras por cuenta propia (artículos 40 a 47) y un artículo (48) dedicado a normas comunes; los artículos relativos al subsidio por riesgo durante la lactancia natural remite, en cuanto le es de aplicación, a los preceptos anteriores.

El procedimiento para el reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo, así como por riesgo durante la lactancia natural, implica la adopción de una suerte de medidas preventivas y de protección por el empresario, tal como establece la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Fuera de las previsiones de la Ley General de la Seguridad Social, y anteriormente a la mejora de que supuso la reforma de 1999 para la protección de la maternidad, medidas de tutela de la situación de embarazo de la mujer trabajadora se venían dispensando en el ámbito laboral por la aplicación de la Ley de 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Las decisiones a adoptar por el empresario, en caso de presentarse una situación de riesgo para la mujer embarazada, se encontraban en la redacción del artículo 26¹, artículo modificado posteriormente junto a las reformas llevadas a cabo en la Ley General de Seguridad Social. El problema se producía cuando no era posible el traslado de puesto de trabajo, en los términos expuestos en el precepto, para evitar los riesgos, ya que no había previsión ni solución ulterior. La más socorrida suponía iniciar un proceso de incapacidad temporal, de modo que por una “vía de escape” se aseguraba la integridad de la salud de la futura madre y, por otro lado, el empresario se “cubría” ante la posible responsabilidad por un accidente en el trabajo o incidencia sobre la salud de la embarazada.

Esta regulación contenida en el artículo 26 es deudora de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, que fue transpuesta a nuestro ordenamiento, a través de la Ley de Prevención de 1995, como su exposición de motivos declara².

No es por tanto aventurado decir que, es el empuje de las Directivas europeas el que lleva a tratar de forma específica la prevención de riesgos en relación con la mujer embarazada trabajadora, o en fase de lactancia pues, como veremos más adelante, se mantiene esa influencia directa en nuestro ordenamiento, bien materializado en distintas normas dictadas sobre el particular, bien inspirando soluciones jurisprudenciales.

Como decíamos, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, junto a las modificaciones de la LGSS, ya había llevado a cabo la modificación del número 3 del artículo 26 LPRL, refiriéndose a la suspensión del contrato de trabajo en caso de riesgo para el embarazo cuando no era fuese posible la adaptación

¹ La redacción del artículo en el año 1995, no contemplaba la suspensión del contrato de trabajo cuando las medidas legalmente previstas no lograban el fin al que tendían, esto es, aislar de los riesgos derivados del trabajo a la mujer trabajadora embarazada o en situación de lactancia.

² ...al tiempo que incorpora al que será nuestro cuerpo básico en esta materia disposiciones de otras Directivas cuya materia exige o aconseja la transposición en una norma de rango legal, como son las Directivas 92/85/CEE, 94/33/CEE y 1/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal.

o traslado de puesto de trabajo, previsión no regulada inicialmente en el texto legal como ha quedado expuesto.

En este devenir de reformas, la citada Ley Orgánica 3/2007, por su parte, deudora igualmente de la Directiva 92/85/CEE (a su vez incorpora las Directivas 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, y la Directiva 2004/113/CE) junto a la introducción de los nuevos artículos 135bis y 135ter en la Ley General de Seguridad Social, llevó a efecto una sustancial modificación al incluir, junto a las ya reguladas situaciones de riesgo para el embarazo (número 3 del artículo 26), nuevas disposiciones para la situación de lactancia natural, específicamente las contenidas en el número 4 del artículo 26 de la LPRL, todo ello en clara concordancia con los artículos citados de la Ley General de Seguridad Social.

La normativa en materia de prevención se complementa con el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención, modificado a su vez por el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. El Real Decreto 298/2009, a través de la adición de los anexos VII y VIII al Reglamento de 1997, incorpora a nuestra legislación los anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE, detallando a través su contenido riesgos a prevenir durante el periodo de embarazo y lactancia.

Este desarrollo legislativo, fruto de una paralela evolución en la concepción de la protección de las situaciones de embarazo y maternidad, y dentro de esta última la consideración individualizada de la lactancia natural, como situaciones que requieren de una especial atención a través del reconocimiento de singulares prestaciones sociales, cristaliza en la actualidad en las contenidas en la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS de 30 de octubre de 2015), como ya adelantábamos, en los artículos 186 a 189.

2. NORMATIVA APLICABLE

Recapitulando, podemos establecer las normas que regulan las prestaciones por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural:

Constitución Española, artículos 14, 15, 42 y 43.

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

RDL 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículos 186 a 189.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, artículos 25 y 26.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 45.1.e).

Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

3. LAS GUÍAS PARA LA VALORACIÓN DE RIESGOS

Junto a la legislación expuesta hay que considerar la existencia de una serie de guías, elaboradas por la colaboración entre el INSS, y distintas entidades públicas o privadas. Sirven estas guías como instrumento orientativo a los profesionales encargados de la evaluación de los riesgos, analizando los distintos riesgos a los que la trabajadora embarazada, o en situación de lactancia natural se pueda enfrentar y recomiendan la continuidad o no en el puesto de trabajo, y en su caso el momento en que se hace preciso interrumpir el trabajo para preservar la salud y seguridad de la embarazada, el feto, la lactante o el niño. A modo de ejemplo podemos considerar las “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y de la incapacidad temporal durante el embarazo”³, las “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural”⁴, la “Información complementaria al documento orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural”⁵, y la “Guía de valoración de riesgos laborales en el embarazo y lactancia en trabajadoras en el ámbito sanitario”⁶.

Como dato adicional, en el BOE número 43 de 23 de febrero de 2018, se publicó la Resolución de 9 de febrero de 2018, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio específico de colaboración entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Asociación Española de Pediatría, para la revisión del manual de orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural (BOE número 48, de 23 de febrero de 2018).

II. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL

La salud de la mujer trabajadora, o en periodo de lactancia natural, se puede ver comprometida por circunstancias propias de su puesto de trabajo, tales como la exposición a sustancias y productos químicos, los horarios a turno, el trabajo nocturno, la exposición a elementos contagiosos, a radiaciones ionizantes o ruidos. Nuestra legislación actúa en una doble vía, por un lado estableciendo actuaciones preventivas para evitar daños a la mujer embarazada y en periodo de lactancia natural, así como al feto y al bebé recién nacido, y por otra parte determinando el reconocimiento de sendas prestaciones cuando esa actividad preventiva hace patente la incompatibilidad entre el puesto de trabajo y la situación de embarazo o lactancia.

En este orden de cosas, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) determina que el empresario debe llevar a cabo una labor previa de identificación de los riesgos y peligros que afecten al puesto de trabajo ocupado por la mujer embarazada o en lactancia natural. Los artículos 14, 15, 18, 25 y 26 reflejan en su contenido los cuidados y prevenciones que deben tener en cuenta los empresarios respecto de trabajadores con una especial sensibilidad a determinados riesgos laborales, bien por sus propias características, por su situación de discapacidad, o por su estado de embarazo o lactancia, debiendo subrayar que éstas últimas situaciones no son consideradas como una enfermedad por la ley, sino que esta especial circunstancia determina la adopción de medidas que hagan seguro el trabajo de la mujer embarazada o lactante. El artículo 26 de la Ley contiene las disposiciones específicas dirigidas a los supuestos de situaciones de riesgo por embarazo y lactancia natural (el número 4 realiza una remisión a los ordinales anteriores, en el caso de la mujer en lactancia natural), y conforme a ellas, comunicado por la trabajadora su embarazo o situación de lactancia natural, corresponde al empresario “la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico”.

³ <http://www.navarra.es/nr/rdonlyres/d91fe499-4898-4edd-aa09-213a8af122ea/151842/segoembarazo.pdf>

⁴ <https://www.aeped.es/comite-lactancia-materna/documentos/orientaciones-valoracion-riesgo-laboral-durante-lactancia-natura>

⁵ https://www.aeped.es/sites/default/files/LM_Y_RIESGO_LABORAL_COMITE_LM_AEP_2010_1.pdf

⁶ <http://www.anmtas.com/index.php/inicio/guias-anmtas/guia-de-riesgos-en-el-embarazo>

Así el Reglamento de los Servicios de Prevención (RD 39/1997 de 17 de enero) establece en su artículo 4 que “la evaluación inicial de los riesgos que no hayan podido evitarse deberá extenderse a cada uno de los puestos de trabajo de la empresa en que concurran dichos riesgos. Para ello, se tendrán en cuenta: a) Las condiciones de trabajo existentes o previstas, tal como quedan definidas en el apartado 7 del artículo 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. b) La posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones”, declarando a continuación que los anexos VII y VIII contienen una lista no exhaustiva de “agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural”.

La práctica que impone el artículo 26 determina el cumplimiento de una serie de pasos sucesivos e inexcusables a fin de determinar la efectiva exclusión de riesgos a la trabajadora embarazada o en lactancia natural. En un primer momento (artículo 26.1), e identificados los riesgos (recordemos que el artículo 18 declara la obligación de comunicar los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, las medidas y actividades de protección y prevención aplicables, y las medidas de emergencia adoptadas), el empresario “adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”, en clara concordancia con el artículo 15.1.d, que obliga a “adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud”.

Se ha de destacar que la evaluación de riesgos por el empresario es anterior a cualquier declaración de embarazo por la trabajadora, o lo que es lo mismo, aun cuando no exista una mujer trabajadora embarazada en la empresa, por ésta se debe acometer la eliminación de los riesgos que puedan afectar a una mujer embarazada.

Si no fuese posible la adaptación de las condiciones, o tiempos del puesto de trabajo, conforme al número 1 del artículo 26, o a pesar de la adaptación las condiciones de trabajo influyeran negativamente, y así se certifique por los servicios médicos correspondientes, procederá el desempeño de un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, si bien, en el caso de que no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, conservando la retribución de su puesto anterior (si es superior a la correspondiente al nuevo puesto de destino), conforme al número 2 del artículo 26.

Si, aun así, no fuese posible el cambio de puesto de trabajo, técnica u objetivamente, o no se pueda exigir dicho cambio por motivos justificados, de conformidad con el número 3 del artículo 26, podrá acordarse la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, de acuerdo con las previsiones del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado, concretándose en el caso de lactancia natural a los hijos menores de nueve meses (número 4 del artículo 26).

Es cuando se produce la suspensión del contrato de trabajo que entra en juego la prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia natural, la cual, en una cuantía del 100% de la base reguladora, equivalente a la establecida para la prestación por IT derivada de contingencia profesional, se reconocerá sin que sea preciso un período mínimo de cotización, iniciándose el cobro de la misma con la suspensión del contrato de trabajo y extiende su duración hasta la reincorporación a su puesto anterior, a un puesto compatible, hasta el inicio del período de baja por maternidad, y en el caso de lactancia natural, como dijimos, hasta que el hijo alcance los nueve meses (artículo 187 y 189 LGSS).

Obvia previsión es la del artículo 26.5, cuando establece que “las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de

exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo”.

La consecuencia por desatender estas prescripciones, aparece tipificada como infracción grave en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDL 5/2000 de 4 de agosto), por una doble vía en el artículo 12, en su apartado 1.b), por no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan, o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones, con el alcance y contenido establecidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales; y, conforme al número 7 del mismo precepto por la adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo 13.

III. LAS PRESTACIONES DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL EN EL ÁMBITO SANITARIO

Un colectivo especialmente sensible a situaciones de riesgo en el embarazo y durante la lactancia natural es el de las trabajadoras del sector sanitario. Por su propia naturaleza es un ámbito laboral en el que habitualmente se presentan riesgos por agentes químicos (productos farmacéuticos, citostáticos, formol, látex, amoníaco, lejías, desinfectante de máquinas...); riesgos por agentes biológicos (sangre, esputos, heces, agujas, vías, enfermedades transmisibles...); riesgos por condiciones de trabajo (manejo repetitivo de pesos, arrastre y empuje, subir o bajar escaleras de forma repetitiva; flexionar tronco y trabajo en cuclillas, bipedestación mantenida...); riesgos de carácter psicológico (nocturnidad); riesgos por turnicidad; riesgos por exposición a radiaciones ionizantes.

La variedad de funciones que se desempeñan en el ámbito sanitario (facultativos, ATS/DUE, auxiliares de enfermería, personal administrativo o admisión, personal asignado a servicios de urgencias móviles...), implican a su vez una diversidad de supuestos en los que pueden confluir distintos riesgos de los indicados.

A su vez, éste es un ámbito en el que la litigiosidad derivada de los supuestos en los que se acciona para el reconocimiento de prestaciones por riesgo durante el embarazo, y durante la lactancia natural es considerable, siendo mayoritarios los procedimientos iniciados a raíz de una situación de riesgo para la lactancia natural. En este caso se podría incurrir en el error de pensar que ambos supuestos van unidos, o lo que es lo mismo, que tras ser reconocida la prestación por riesgo durante el embarazo, es procedente el reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia natural; y esto no es así pues aunque su regulación es paralela, y los supuestos de riesgo se contienen en los mismos anexos, la naturaleza de los estados a los que afectan estos riesgos (embarazo y lactancia) suponen respuesta diferentes, como mantienen reiteradas sentencias de Sala de los Social de Tribunales Superiores de Justicia⁷. En efecto, en las distintas sentencias que se han dictado sobre el particular, se plantea que el riesgo protegido en un caso es la salud de la futura madre, que puede influir en el feto, y en el otro es el bebé recién nacido, que puede ver afectado en su desarrollo por las condiciones en las que se desarrolla el trabajo de la madre lactante, junto con las afectaciones que puede sufrir la madre.

⁷ STSJ País Vasco, 967/2017, de 25 de abril, recurso 790/2017; STSJ Andalucía (Sevilla), 9/2015, de 8 de enero, recurso 979/2014; STSJ Andalucía (Granada), 195/2015 de 29 de enero, recurso 2278/2014.

IV. RESEÑA DE SENTENCIAS

En materia de prestaciones por riesgo durante el embarazo, y/o durante la lactancia natural, existen numerosos pronunciamientos de nuestros Tribunales en los que, a lo largo de los años, se han ido decantando y fijando una serie de criterios relativos a los distintos aspectos que confluyen en los requisitos y el procedimiento para reconocimiento de las prestaciones precitadas. Esta evolución, no obstante, ha sufrido varios “puntos de inflexión”, como consecuencia de la labor unificadora de doctrina, o fijadora de doctrina, llevada a cabo por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

A su vez la incidencia, cada vez mayor, de la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la aplicación del Derecho por los Juzgados y Tribunales de nuestro país es un hecho incontestable, habiéndose pronunciado en esta materia en un sentido que, como veremos, ha llevado a reconsiderar la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo.

Podemos decir que, en los Tribunales Superiores, se ha pasado de una cristalización de los criterios, valoraciones y requisitos, a considerar si se ha producido una acreditación de los riesgos alegados y si éstos quedan especificados y detallados respecto del puesto de trabajo concreto para el que se reclama el reconocimiento de la prestación, junto a la necesaria justificación de la imposibilidad de adaptación, y de cambio de puesto de trabajo, para poder ser beneficiaria la trabajadora de la prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural.

1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) La exigencia de la evaluación específica de riesgos

El origen de esta línea jurisprudencial tiene su asiento más evidente en tres sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2011 (rcud 1864/2010, 1865/2010 y 2448/2010), dictadas en materia de prestación por riesgo durante la lactancia natural⁸. Dichas sentencias, parten para su conclusión del juego conjunto del artículo 14, 16 y 26.1 (por remisión del número 4) LPRL, y declaran que la evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, de tal modo que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición. El resto de actuaciones exigidas, derivadas del contenido del citado artículo 26, obligan al empresario a adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora, llevando a cabo el cambio de puesto de trabajo, cuando esa adaptación no protege de los riesgos evaluados, y finalmente declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. Y concluyen estas sentencias manifestando que la “doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de contraste, cuando fundó la desestimación de la prestación solicitada en la ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural, lo que conduce en el caso de autos a la conclusión de que no cabe el percibo de la prestación prevista en el artículo 135 bis y ter LGSS cuando no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia los riesgos, en la forma que se desprende del artículo 26.1, en relación con el 16 de la LPRL, lo que impediría a su vez conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de

⁸ Así lo expresa la STS-IV 739/2018 de 11/7/2018, rcud 396/2017: Precisamente en las primeras de nuestras sentencias, analizamos la particularidad que pudiera representarla evaluación de riesgos en relación a la lactancia natural, y señalamos allí que tal evaluación debía de ser específica y debía alcanzar la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición, para concluir que no se acredita el riesgo en un supuesto -como el entonces examinado- en que en los informes aportados no contenían elementos concretos que pudieran conducir al conocimiento de los riesgos en cuestión (STS/4ª de 17 marzo 2011(3) -rcud. 1864/2010, 1865/2010 y 2448/2010-, 18 marzo 2011 (4) -rcud. 1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010-, 3 mayo 2011 -rcud. 2707/2010-, 22 noviembre 2011 -rcud. 306/2011- y 25 enero 2012 -rcud. 4541/2010-, todas ellas respecto a situaciones análogas, cuya doctrina reprodujo posteriormente la STS/4ª de 23 enero 2012 -rcud. 1706/2011-).

riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, agotadas las previsiones del artículo 26 LPRL, de incluir la situación en la causa de suspensión del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 48.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Más aún la STS-IV 1/10/2012 recurso 2373/2011, añade, como motivo de estimación del recurso, no ya la falta de valoración y acreditación de riesgos de forma específica que se relacionen con la lactancia, ya que se prueba únicamente la existencia riesgos genéricos que afectan a todo el personal sanitario del Servicio de Urgencias, con meras recomendaciones preventivas, sino que tampoco se acredita que fuese imposible la adaptación de las condiciones del puesto de trabajo, ni se han llevado a cabo las actuaciones empresariales tendentes a evitar la exposición del riesgo, por lo que no procede estimar la concurrencia de los requisitos para que opere la prestación contenida en el artículo 135 bis y ter TRLGSS, línea que sigue igualmente la STS-IV 28/12/2014 (rcud 2543/2012).

B) La STJUE Caso Otero Ramos lleva a una revisión de la doctrina

Esa especificidad en la descripción, valoración y conexión de los riesgos con el puesto de trabajo concreto ha sido la base para la desestimación/estimación de las pretensiones en materia de prestación de riesgo durante la lactancia natural en un gran número de sentencias dictadas, siendo bastante la inexistencia de informe o certificado de valoración específica, por parte del empresario, sobre el riesgo que presentaban para la lactancia las funciones del puesto de trabajo, para declarar que no concurren los requisitos que hacen nacer la prestación por riesgo durante la lactancia; esto es así hasta la revisión de la doctrina llevada a cabo por STS-IV 667/2018 Pleno de 26/06/2018, dictada en el recurso 1398/2016 de resultas de la aplicación de la STJUE de 19 de octubre de 2017, en el caso C-531/15 (caso Otero Ramos)⁹.

La sentencia europea viene a responder a varias cuestiones, siendo fundamental las que se dirigen a considerar “si una relación de puestos de trabajo exentos de riesgo realizada por el empleador, en combinación con un informe emitido por el servicio de prevención, que declara, sin proporcionar explicaciones más detalladas, que la mencionada trabajadora es apta para el trabajo, basta para demostrar que no ha existido vulneración del principio de igualdad de trato”, y si “en el supuesto de que existieran indicios que permitieran demostrar el riesgo alegado, se plantea también la cuestión de si ha de ser la trabajadora en período de lactancia o el empleador quien deba demostrar que la adaptación de las condiciones de trabajo o de la jornada de aquélla no es posible o que, a pesar de tal adaptación, las condiciones del puesto de trabajo de la trabajadora en período de lactancia pueden influir negativamente en su salud o la de su hijo, en el sentido del artículo 26, apartado 2, de la Ley 31/1995, que transpone el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 92/85, y que el cambio de puesto no es técnica u objetivamente posible o no puede exigirse razonablemente al empleador por razones debidamente justificadas, en el sentido del artículo 26, apartado 3, de dicha Ley, que transpone el artículo 5, apartado 3, de la Directiva.”

Las respuestas que da a las cuestiones planteadas por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia se concretan en que “la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia, con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, en el sentido de esta Directiva, y constituye, como se desprende del apartado 60 de la presente sentencia, una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54”, y “con arreglo al artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54, incumbe a la trabajadora que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presentar, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos o elementos de prueba que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”, si bien “sólo se produce la inversión de la carga de la prueba e incumbe a la parte demandada demostrar que no ha existido vulneración del principio de no discriminación cuando la trabajadora afectada ha presentado tales hechos o elementos de

⁹ Previamente, la STS-IV 353/2018, de 3 de abril de 2018, (rcud 762/2017), se había pronunciado sobre el particular.

prueba”, siendo el caso que “el escrito presentado por la Sra. Otero Ramos [escrito firmado por su superior jerárquica directa, la jefa de servicio de la unidad de urgencias, parece indicar de manera motivada que su puesto de trabajo presenta riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la lactancia natural], constituye un elemento de prueba que puede demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no incluía un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual y que, por lo tanto, como se desprende del apartado 51 de la presente sentencia, esta evaluación no era conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85”.

Por tanto “corresponderá a la parte demandada demostrar que la evaluación de los riesgos prevista en el artículo 4 de la Directiva 92/85 se ha realizado con arreglo a las exigencias establecidas en esta disposición, entendiéndose que documentos como una declaración del empresario según la cual un puesto está clasificado de «exento de riesgo», en combinación con una declaración según la cual la trabajadora de que se trata es «apta» para el trabajo, sin proporcionar explicaciones que fundamenten estas conclusiones, no pueden, por sí solos, constituir una presunción iuris et de iure de que éste es el caso.”

La STS-IV 667/2018 Pleno, de 26 de junio de 2018, examina un supuesto en el que no consta declaración de la empresa sobre la imposibilidad de que la empresa aplicara medidas adecuadas para evitar el sometimiento al riesgo, pero sí se acredita que la empresa no ha ofrecido modificación de condiciones ni recolocación alguna, habiéndose cubierto el periodo indicado mediante el disfrute de permisos y de excedencia por cuidado de hijo, coincidente con el de lactancia materna protegida, sin que, por otra parte, la Entidad Gestora justificara la denegación en otra causa distinta que la inexistencia de riesgos. Se plantea la exigencia de que la evaluación de riesgos contemple de modo expreso la existencia de riesgos específicos, conforme venía planteándose por la doctrina emanada del mismo Tribunal (STS/4^ª de 17 marzo 2011(3) -rcud. 1864/2010 , 1865/2010 y 2448/2010-, 18 marzo 2011 (4) -rcud. 1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010-, 3 mayo 2011 -rcud. 2707/2010-, 22 noviembre 2011 -rcud. 306/2011- y 25 enero 2012 -rcud. 4541/2010-, 23 enero 2012 -rcud. 1706/2011 -), pues tal evaluación debía de ser específica y debía alcanzar la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición, para concluir que no se acredita el riesgo en un supuesto en que en los informes aportados no contenían elementos concretos que pudieran conducir al conocimiento de los riesgos en cuestión.

Sin embargo, el juego de la STJUE caso Otero Ramos, lleva una nueva reflexión sobre el particular, pues admite la inversión de la carga de la prueba cuando la evaluación de riesgos no se hubiese llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el art. 4.1 de la Directiva 92/85, de modo que si de acuerdo con ese precepto se exige un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo, si esos riesgos no han sido evaluados como la Directiva impone (la naturaleza, el grado y duración de la exposición en las empresas establecimientos de que se trate, de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 -en periodo de lactancia-), esa falta en la evaluación del riesgo supone, para el Tribunal de la Unión, un trato menos favorable a una mujer, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2.2 c) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Así, en el caso examinado en la STS, se emite una evaluación de riesgos que recoge todos aquéllos que concurren en el puesto de la actora; pero que, no obstante, no hace particular mención ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de lactancia de la trabajadora, lo que no puede llevar a la conclusión de que la actora no goza de medio alguno de prueba que acredite la existencia de riesgos específicos, sino que, esa evaluación general de riesgos, tiene una particular incidencia en la mujer en lactancia, de modo que quien niegue la existencia de riesgos (en el caso de autos la exposición a agentes químicos y biológicos) deberá correr con el “onus probandi”.

En cuanto a la turnicidad, el trabajo nocturno, y su incidencia en la protección de la lactancia natural, la Sala venía reiterando (conforme a STS-IV de 1 octubre 2012 rcud. 2373/2011), que las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna no son factores de riesgo contemplados en los Anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención (RD 39/1997, de 17 de enero) «por mucho que resulte recomendable no hacer turnos nocturnos ni rotatorios y que los mismos no sobrepasen las 8 horas y que tengan adecuados períodos de descanso, como ciertamente sería deseable, como desiderátum para todos los trabajadores».

Como excepción se plantea los supuestos en que existe una incompatibilidad en la toma directa no puede solventarse con la extracción de leche y su conservación, en función del lugar y condiciones de prestación del puesto de trabajo. Sin embargo, y siguiendo la vía abierta por la STS-IV de 3 abril 2018 (rcud. 762/2017), se señala que los Anexos del Reglamento no es que no tengan carácter exhaustivo, sino que en el supuesto de la lactancia natural lo que se busca es la constatación de que el amamantamiento se vea dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral, y tan riesgo supone un peligro de transmisión de enfermedad de la madre al hijo como la imposibilidad misma de que se realicen las tomas precisas.

Todo lo cual lleva a revisar, en el sentido que expone la sentencia, su doctrina anterior, respecto a la inexistencia de valoración específica de riesgos como determinante de la falta de prueba de la existencia de los mismos, así como la incidencia de la turnicidad en la lactancia natural.

Finalmente, la STS-IV 739/2018 de 11/7/2018, dictada en el rcud 396/2017, sigue ya la senda establecida por la sentencia de pleno, de modo que la inexistencia de evaluación específica de riesgos no es causa para denegar la prestación por riesgo durante la lactancia natural (por imposibilidad de prueba de la solicitante), así como el trabajo a turnos supone un riesgo evidente para el niño en tanto dificulta o imposibilita la toma directa y no hay posibilidad de extracción de leche en condiciones de intimidad y seguridad.

2. SENTENCIAS DICTADAS EN GRADO DE SUPPLICACIÓN¹⁰

A) Sentencias relativas a la prestación por riesgo durante el embarazo

a) Ante riesgos descritos, se exponen medidas precisas para su evitación que impiden reconocer la prestación solicitada

La STSJ País Vasco 2186/2012, de fecha 18 de septiembre de 2012, recurso 1967/2012, contempla el caso de una auxiliar-higienista dental; en su actividad están presentes los siguientes riesgos para ella o el feto:

A.- Agentes físicos: son de tres tipos:

* Exposición a radiaciones ionizantes, con ocasión de la realización de radiografías para el radiodiagnóstico, que pueden conllevar riesgo de aborto malformaciones congénitas y retraso mental no justifica la suspensión del contrato de trabajo. Por un lado, las exposiciones son ocasionales (según refirió la propia demandante), y de baja dosis y no se aprecian obstáculos para que, como medida preventiva para proteger al feto, mientras el aparato de RX esté en funcionamiento, la demandante salga de la sala dental.

* Movimientos y posturas: no pueden valorarse como riesgos relevantes a los fines pretendidos por la actora, teniendo en cuenta que la realización de movimientos y la adopción de posturas potencialmente perjudiciales tiene carácter esporádico.

¹⁰ Se ha reducido el ámbito de análisis a sentencias dictadas con posterioridad a 2011. Podrá comprobarse que el número de sentencias en materia de riesgo durante el embarazo es muy inferior al número de sentencias relativas a riesgo durante la lactancia. Las consultas a distintas bases de datos dan el mismo resultado: los pronunciamientos de los Tribunales versan primordialmente sobre el riesgo durante la lactancia.

*Exposición al ruido provocado por el torno o el aspirador: en lo que respecta a la actora, el ruido no alcanza los niveles establecidos para la utilización de medios de protección.

B.- Agentes biológicos: exposición a los microorganismos presentes en la saliva, sangre y otros fluidos corporales de los pacientes, susceptibles de originar infecciones en la madre que, eventualmente, pueden transmitirse al feto, o repercutir negativamente como consecuencia del tratamiento aplicado a la gestante para hacer frente al contagio. Tampoco habilita la suspensión del contrato, pues su materialización puede evitarse tanto a través de la inmunización activa frente a las enfermedades infecciosas, como mediante el empleo de elementos de protección de barrera apropiados.

C.- Agentes químicos: centrados en el manejo de determinados productos, que contienen sustancias irritantes, como los utilizados para la desinfección del instrumental y la limpieza de superficies y del circuito de aspiración, así como para la composición de las piezas dentales provisionales.

La exposición a estos agentes tampoco puede amparar la pretensión actora, porque no se ha alegado ni acreditado que las etiquetas de embalaje de esos productos presenten algunas de las indicaciones (efectuadas conforme al Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas), que aconsejen apartar a la mujer encinta del contacto con los mismos por el riesgo que suponen para su salud o la del feto, lo que tampoco se deduce de las fichas de seguridad obrantes en autos. En segundo lugar, porque el contacto cutáneo o por aspiración con esas sustancias puede evitarse mediante el empleo de métodos preventivos.

b) Indisponibilidad de los presupuestos de la prestación por riesgo

En la STSJ Madrid 745/2014, de 3 de octubre de 2014, recurso 282/2014, se contempla el supuesto de dos trabajadoras, una camillera y otra conductora de vehículo de urgencias, en el que solicitada prestación por riesgo durante el embarazo, demandaron a fin de que se reconociera la fecha de efectos económicos de la suspensión desde que tuvo conocimiento del embarazo el empresario, y no desde que se produce la efectiva suspensión del contrato de trabajo, pues se alega la existencia de un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa según el cual se reconocería su baja laboral desde el momento en que se conociera por la empresa la situación de la empresa.

La Sala desestima el recurso pues “los presupuestos de la prestación económica estudiada, del mismo modo que su cuantía, nacimiento y duración no son disponibles para el empresario o la trabajadora afectada, ni tampoco para sus representantes. Acudir a la fecha de conocimiento por el empresario de su estado de embarazo, que es la tesis principal del recurso, equivaldría a dejar en manos de las actoras la determinación de la cuantía y fecha de efectos económicos de la prestación”.

c) El traslado de acelerador no es medida suficiente para evitar el riesgo descrito

La STSJ Galicia 2764/2016 de 9 de mayo de 2016, recurso 2558/2015, contempla el caso de una trabajadora técnico superior radioterapia aceleradores, que solicitó la prestación por riesgo durante el embarazo.

La Sala estima que la adaptación de puesto de trabajo de la actora, que consistió en trasladarla de acelerador, era insuficiente para evitar el riesgo de exposición a radiaciones ionizantes y ha de reconocérsele a la misma el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo al amparo del art. 26 LPRL y 45.1 d) ET, que se invocan como infringidos, con el derecho a la correspondiente prestación de Seguridad Social, dado que ni en los hechos probados de la sentencia de instancia, ni en los adicionados por vía de recurso, consta que el acelerador 3, donde la actora fue ocupada, fuera de tal clase no perjudicial. Y a falta de tal hecho probado, ha de estarse a la evaluación del puesto concreto de "radioterapia-técnico radioterapia aceleradores". Igualmente la trabajadora ayudaba a quitarse las cánulas a determinados pacientes, sin que conste a tal efecto adaptación del puesto de trabajo o medida alguna de la empresa frente a tal riesgo ante la situación

de embarazo. Y no constando una medida concreta de adaptación del puesto de trabajo de la actora respecto a la exposición a agentes biológicos recogida en la evaluación de riesgos, que se haya producido una adaptación suficiente del puesto de trabajo de la demandante respecto del mismo.

d) Si no se detecta radiación no existe riesgo

STSJ Galicia 754/2016, de 12 de febrero de 2016, recurso 821/2015 resuelve el supuesto en el que la actora desempeña el puesto de personal de servicios generales en oncología radioterápica, (puesto cuyas funciones son de tareas administrativas y de celadora) hasta que en junio fue seleccionada como técnico de radioterapia.

Lo que se valora no es la patología, sino el riesgo, en relación con las radiaciones, al margen de las conclusiones interesadas que lógicamente contiene el recurso, no se puede mantener que exista riesgo de radiación cuando la actora portó un dosímetro durante cuatro meses, realizando todas las funciones que se definen como de riesgo, con un resultado de 0,0 mSv, lo que ni llega a la dosis de radiación aceptada para supuestos como el de la actora establecida en el artículo 10.1 del Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, que aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, referido a mujeres embarazadas, que lo acepta siempre y cuando la dosis no exceda de 1 mSv. Si es 0 no existe riesgo alguno, salvo la remota posibilidad de fallos pero que en todo caso ya no afectaría a la trabajadora, sino a todo el colectivo.

El resto de situaciones comprometidas han sido solucionadas por la empresa de forma que la actora no realiza actividad alguna que pueda comprometer el embarazo, por lo que el recuso ha de ser desestimado y la sentencia confirmada en su totalidad.

e) Sobre la legitimación para accionar en materia de prestaciones¹¹

La STSJ Navarra 317/2010, de 15 de noviembre de 2011, recurso 299/2010, debate sobre la legitimación de un sindicato para accionar en materia de prestaciones, en el caso concreto pretendía se “dictara sentencia por la que se declare no conforme a derecho, y, en su consecuencia se revoque, la decisión de Mutua Navarra de no proceder al reconocimiento de la prestación de riesgo durante el embarazo para las trabajadoras con la categoría de educadoras en la empresa Asociación Navarra Nuevo Futuro (ANNF), hasta en tanto no hayan cumplido 18 o 20 semanas de gestación, y, se reconozca el derecho a las trabajadoras con la categoría de educadoras en la empresa Asociación Navarra Nuevo Futuro (ANNF), a que conocida su situación de embarazo, y reunidos los requisitos legales, les sea reconocida la prestación de riesgo durante el embarazo con efectos desde el mismo conocimiento de la existencia de ese embarazo y todo ello sin perjuicio de la estimación parcial que pudiera proceder de esta reclamación, y con condena a todas las partes demandadas a estar y pasar por tal declaración”.

Declara la Sala del TSJ que la pretensión consiste en un interés genérico y abstracto en preservar la aplicación del derecho en determinado sentido, sin que ello influya en la esfera de intereses propios ni del sindicato ni de ningún trabajador singularmente identificado. En el caso concreto el artículo 135 LGSS atribuye la prestación de riesgo por embarazo a la mujer trabajadora, y el sindicato la podrá ejercitar en su nombre bien en virtud de un apoderamiento personal, bien en defensa de un colectivo concreto de trabajadores que representa, aunque sea representación genérica por tener implantación, pero lo que no puede es debatir en un proceso singular, en el que no hay ningún sujeto activo identificado, el modo de ser de la prestación misma, o el criterio administrativo de la aplicación de la norma, lo que con se debe regular con carácter general, solo cuando se pueda establecer una vinculación causal entre una embarazada concreta, o con un interés general manifestado en convenio colectivo, la pretensión del sindicato se podrá estimar que el sindicato ejercita es titular de una acción, en nombre propio o por representación sindical.

¹¹ No se trata de un supuesto relativo a personal sanitario, pero se trae aquí por su temática (que puede ser aplicable al ámbito considerado).

B) Sentencias relativas a la prestación por riesgo durante la lactancia natural

a) *Exigencia de evaluación específica de riesgos*

*La STSJ Asturias 760/2018, de 22 de marzo de 2018, dictada en el recurso 3285/2017, contempla el caso de una trabajadora del servicio de urgencias, que habiendo sido reconocido riesgo durante el embarazo, le es denegado para la lactancia natural. Declara la sentencia que en atención a las consideraciones de la doctrina contenida en la STS de 1 de octubre de 2010, y en concreto en esta materia se ha experimentado una evolución jurisprudencial que ha venido motivada por la propia evolución científica y médica sobre los riesgos afectantes a la lactancia natural y ello ha permitido pasar de una primitiva concepción genérica de los riesgos que pesaban sobre el puesto de trabajo a una consideración más específica de los mismos. Dicho cambio jurisprudencial se plasma en las SSTS de 17 de marzo de y 18 de noviembre de 2011. Señala la primera de las citadas que el acceso a la prestación de riesgo durante la lactancia natural presupone algo más que identificar y/o describir riesgos obvios, puesto que se exige acreditar "... la existencia y valoración específica de los riesgos propiamente dichos en relación con la lactancia. Para llevar a cabo esa evaluación, esa identificación es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición del trabajador al riesgo, así como del seguimiento que se haya hecho de la existencia de los mismos para conocer su relevancia en relación con la situación de la lactancia natural..".

Esta misma línea de doctrinal, relativa a la exigencia de que conste de evaluación específica de riesgos para el puesto de trabajo, se ha venido reiterando en distintos pronunciamientos de otros tantos Tribunales Superiores de Justicia, así STSJ Andalucía (Sevilla) 698/2018, de 22 de febrero, recurso 1147/2017; STSJ Asturias 276/2018, de 6 de febrero, recurso 2899/2017; STSJ Madrid 64/2017, de 30 de enero, recurso 973/2016; STSJ Madrid 853/ 2015, de 6 de noviembre, recurso 672/2015.

Línea que sigue la STSJ Cataluña 4943/2012, de 3 de julio de 2012, recurso 4779/2011, cuando en su FD Cuarto declara que tales requisitos (requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados) no constan en el presente caso, en que la sentencia recurrida al parecer asume la tesis de que la presencia de riesgos biológicos hace imposible en cualquier Hospital la realización de lactancia natural sin riesgo, pues estos riesgos son inevitables, dado que la no exposición absoluta no es posible, incluso cambiando de puesto de trabajo, según el informe del servicio de prevención que adopta la sentencia como fundamento de su decisión.

Si se siguiera la tesis referida, entonces existiría pura y simplemente la exclusión de toda posibilidad de lactancia en un medio hospitalario, incluso de los neonatos en el propio Hospital.

b) *No es bastante que se haya reconocido la prestación por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia en un parto anterior*

En el caso estudiado por la STSJ Andalucía (Granada) 195/2015, de 29 de enero de 2015, recurso 2278/2014, se razona que "la prestación de riesgo específico se desenvuelve en un marco que incluye como personas protegidas a la madre y al niño lactante desplegándose el riesgo, de cuya protección se pretende, en una doble perspectiva:

a.-Por un lado dicho riesgo debe presentarse solo o con una mayor intensidad en el contexto de la actividad en que se desenvuelva la mujer trabajadora.

b.-Que dicha situación se exacerbe especialmente en la situación de lactancia natural.

No es éste el caso y no queda determinado la naturaleza, el grado y la duración de la exposición a los factores de riesgos que se traducirían en la situación que procura la prestación solicitada".

Y tampoco es suficiente la alegación de que “la actora obtuvo el permiso por riesgos de embarazo, posterior baja por maternidad y ulterior prestación de riesgo que ahora solicita en un parto que, sucedido en el 2011, está presidido por las mismas circunstancias objetivas y subjetivas que ahora existen”.

c) Riesgos evitables y tolerables. Medidas de autoprotección

Por otra parte, el hecho de que se conceptúen riesgos como “evitables y tolerables”, así como que la realización de turno nocturno se debe al propio interés de la solicitante (pues disfruta de más días libres), así como un “posible” contacto con agentes químicos, en concreto mutagénicos y teratogénicos y citostáticos, así como que debe evitar el contacto con enfermos de SIDA y adaptar la lactancia con la turnicidad, el que lleva a denegar la prestación por riesgo durante la lactancia interesado por una enfermera (aun siendo reconocido el riesgo durante el embarazo) en la STSJ Andalucía (Sevilla) 9/2015, de 8 de enero de 2015, recurso 979/2015.

d) No es admisible la mera posibilidad de sufrir un accidente como riesgo¹²

La STSJ Galicia 1929/2012, de 21 de marzo de 2012, recurso 4692/2010, por su parte declara que la mera posibilidad de que el personal sanitario sufra un accidente biológico no puede ser admitido como riesgo durante la lactancia: el hecho de existir un riesgo de sufrir este accidente no es causa de riesgo para la lactancia, debiendo hacer hincapié en que, desde un punto de vista preventivo, los accidentes no son eventos fortuitos, existiendo factores controlables y evitables que disminuyen el riesgo de aparición, debiendo establecerse procedimientos de trabajo adecuados y adoptar medidas de protección colectiva o individual de cara a evitar o minimizar el riesgo de accidente biológico. Asimismo, deben adoptarse normas de higiene que eviten o dificulten la dispersión del agente biológico fuera del lugar de trabajo. La única excepción a dicha regla sería el caso de la mujer lactante sometida a un riesgo real de contagio con pacientes con SIDA

De igual modo, no existe evidencia científica que establezca que el régimen de turnos constituya un riesgo para la lactancia natural.

Por ello no puede concluirse, a criterio de la Sala, que la actora esté en situación de riesgo para la lactancia natural "ex" artículo 135bis.

e) No es posible el reconocimiento de la prestación sin instar la adaptación y traslado del puesto de trabajo

La STSJ Galicia 2085/2015 de 16 de abril de 2015, recurso 4439/2015, abunda en estas consideraciones, en el caso de una técnico auxiliar de enfermería en Unidad de Cuidados Continuos y Paliativos, en turno rotatorio de mañana, tarde y noche, reconocida la prestación por riesgo durante la lactancia en el Juzgado, que es revocada por la Sala en atención a la doctrina contenida en la STS 23/1/2012 que en resumen señala, de una parte, que la carga de la prueba sobre la existencia del riesgo gravita sobre quien demanda la prestación (art. 217 LEC), STS 17 de marzo de 2011 (Rec. 1865/10) y cuatro del 18 de marzo de 2011 (Rec. 1290/10, 1863/10, 1966/10 y 2257/10); de otra, que el trabajo nocturno y a turnos de 24 horas no goza de presunción de riesgo para la lactancia; en tercer lugar que la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es una medida subsidiaria para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo y por tanto sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo, sin que en este caso por la actora se hayan instado medidas para adaptar las condiciones de trabajo ni siquiera el traslado a otro puesto de trabajo, por lo que en consecuencia se acoge el recurso y se desestima la demanda.

¹² Ver la STSJ Galicia 2473/2012, de 24 de abril de 2011, recurso 3496/2011, en vi), y sentencias citadas en ix).

f) Ante la más mínima posibilidad de incidencia negativa, se ha de evitar el riesgo

Sin embargo en la STSJ Galicia 2473/2012, de 24 de abril de 2011, recurso 3496/2011, en el caso de una trabajadora a la que previamente se le reconoció la prestación por riesgo durante la lactancia en el caso de un hijo anterior, pero sin que se hayan alterado las circunstancias de prestación de servicios, en el caso estudiado le fue denegada la prestación solicitada por la entidad gestora. Concluye la Sala de duplicación que “en este pleito no sólo se ha acreditado la existencia del riesgo objetivo, sino también del concreto; y así, de entrada, alguno de los riesgos que se recogen en el artículo 26 LPRL al enumerar las condiciones que han de evitar las madres lactantes se incluyen en el acervo contractual de la actora -ordinal segundo-; y los demás, se han refrendado por parte de diversos informes -siquiera sean discordantes con el IMS- que son o pueden resultar perjudiciales durante el periodo de lactancia y han de evitarse; conclusiones técnicas que han llevado en la Instancia a acoger la demanda y que esta Sala comparte, pues ante la más mínima posibilidad de incidencia negativa (en alguna de las condiciones del puesto no es tan mínima como pretende la EG) se ha de evitar el riesgo y anticiparse a la consecuencia negativa.”

g) Jornadas de larga duración y nocturnidad constituyen supuestos de riesgo para la lactancia natural

La STSJ Madrid, 147/2012 de 29 de febrero de 2012, recurso 5494/2011, ya se pronunció sobre el trabajo a turnos en una ATS/DUE de una UME, en la que realizaba un trabajo a turnos de 24 horas, con una jornada anual de 1440 horas, distribuidas en 60 jornadas de 24 horas, declarando que esta forma de prestación de servicios puede influir negativamente en la salud de la madre y del hijo. No es por lo tanto el hecho en sí del trabajo lo que genera el riesgo durante la lactancia natural, sino la forma en que el mismo se preste, y es que el riesgo no sólo puede derivar del posible contacto con agentes biológicos, químicos o físicos, sino también de la repercusión negativa que para la lactancia pueden tener las condiciones del puesto de trabajo que se desempeña, por lo que se ha de reconocer el derecho de la demandante a la prestación solicitada, siendo de aplicación la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992.

Por su parte la STSJ Madrid 171/2014, de 10 de marzo de 2014, recurso 1759/2013, sigue esta línea de interpretación en el caso estudiado de una ATS/DUE, del SUMMA 112, con prestación reconocida por riesgo durante el embarazo [según certificado médico se acreditan los siguientes riesgos: "Jornadas de 24 horas, nocturnidad y riesgos biológicos (Evitar durante toda la gestación). Manipulación manual de cargas, posturas forzadas, bipedestación prolongada, vibraciones (Evitar especialmente durante el tercer trimestre de la gestación)], solicitó riesgo por lactancia, demanda que en vía jurisdiccional es desestimada. La Sala estima el recurso, revocando la sentencia anterior, invocando sentencias previas de la misma sala y por aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, que en su artículo 7 insta a los estados miembros a tomar las medidas necesarias para que las trabajadoras no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo, extrapolable a la situación de lactancia, debiendo reconocerse a la actora el derecho a la situación de riesgo durante la lactancia.

h) Reconocido riesgo durante el embarazo, y descritos riesgos de tal gravedad, debe reconocerse la prestación por riesgo durante la lactancia natural

La STSJ Madrid 21/2016 de 20 de enero de 2016, recurso 895/2015, analiza el supuesto de una trabajadora auxiliar de servicios sociales que le fue reconocido riesgo durante el embarazo en 2014 y posteriormente se adaptó la jornada y se habilitó un espacio para la extracción, no le fue reconocido el riesgo durante la lactancia, pues no contemplaba riesgo patógeno, se recomendó la vacunación antigripal. El juzgado desestimó su demanda, con sanción por temeridad, pero la Sala la revoca con el argumento de que parece lógico que si se han objetivado riesgos tan altos para la salud de la embarazada y del feto que determinan la baja de aquélla, tales riesgos se mantengan durante el periodo de lactancia aun cuando eventualmente pudieran considerarse más atenuados, por lo que es crucial la evaluación de los mismos respecto de esta situación, lo que no consta haya efectuado la

empresa, y no se eliminan los riesgos para la lactante con las facilidades que puedan dársele para la extracción de la leche, porque esto no tiene nada que ver con aquéllos. La empresa no ha cumplido con su obligación de evaluación y en su caso adaptación o cambio del puesto de trabajo de la actora, no constando, en ninguno de los informes aludidos, si los riesgos existentes en dicho puesto, de contagio de enfermedades, afectan a la lactancia, limitándose a enumerar cuatro, sin que exista en los informes una evaluación médica y biológica sobre la transmisión de las enfermedades y sobre cuáles tienen trascendencia en el periodo de lactancia, contraviniendo así la normativa legal, lo que supone la vulneración por omisión del derecho fundamental a la integridad física protegida por el artículo 15 CE conforme a la doctrina de contenida en la STC Sala 1ª, 62/2007, de 27-3-2007, recurso 1623/2002.

i) Se desaconseja la lactancia ante una mínima posibilidad de exposición al riesgo

En las SSTSJ Murcia 55/11 de 31 de enero de 2011, recurso 726/2010, y 667/2011 de 12 de diciembre de 2011, recurso 468/2011, acreditada la turnicidad, que dificulta la extracción de la leche, la exposición a riesgos biológicos concretos, además de los genéricos para todo el personal sanitario, así como posible exposición a VIH, se desaconseja la lactancia si existe la mínima posibilidad de exposición, y el contacto con materiales infecciosos, uniéndose a todo lo anterior que no es posible la reubicación de las trabajadoras expuestas; el riesgo no sólo puede derivar del posible contacto con agentes biológicos, químicos o físicos, sino también de la repercusión negativa que para la lactancia pueden tener las condiciones del puesto de trabajo que se desempeña.

j) Si ya disfrutó de la prestación por riesgo durante la lactancia, en un parto anterior, y no han variado el puesto de trabajo, el INSS actúa contra sus propios actos

La STSJ Galicia 2091/2012, de 27 de marzo de 2012, recurso 4419/2010, basa su fallo en: 1.) El informe técnico de evaluación específica de riesgos conforme al cual la actora realiza un turno rotatorio complejo-2 mañana, 2 tarde y 1 noche de lunes a viernes; 1 mañana, 1 tarde y 1 noche sábados y domingos-, con riesgo de enfermedades infecciosas o parasitarias, picaduras, cortes, salpicaduras.

Y, 2).- en el informe de salud laboral, de fecha 30 de enero de 2008, (emitido con ocasión del nacimiento de otro hijo de la demandante), en el que se señala que la actora está expuesta a "riesgo biológico", en su puesto de trabajo. Afirmándose, que no es factible la posibilidad de cambio de puesto, declarándose en el mismo hecho probado segundo, que la actora, en algunos turnos, no puede ausentarse de su lugar de trabajo, ni dispone de sitio específico para extraer la leche.

A mayor abundamiento, entre la prueba aportada consta resolución del INSS de fecha 13-2-2008, reconociendo este mismo derecho a la demandante, con ocasión del nacimiento de otro hijo, por lo que con la resolución denegatoria debatida en el caso estudiado, el INSS actúa contra sus propios actos, resolviendo de forma diferente dos situaciones exactamente iguales, porque nada consta sobre un hipotético cambio de puesto de trabajo de la actora.

k) A continuación se citan dos sentencias que se refieren a cuestiones procesales:

El pronunciamiento de suplicación versa sobre la procedencia de las vías procesales escogidas para accionar el reconocimiento de la prestación por lactancia. Así la STSJ Andalucía (Málaga) 1403/2013, de 12 de septiembre de 2013, recurso 738/2013 resuelve en un procedimiento iniciado por demanda sobre derechos fundamentales. La actora es personal estatutario del SAS, y su puesto de trabajo TER; en sede judicial fue estimada su demanda en la que solicitaba se declarara la existencia de vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación de la actora, derivado de la denegación por parte del INSS de la prestación de riesgo durante la lactancia natural reclamada, condenando a las demandadas al resarcimiento de los daños y perjuicios de ello derivados que cuantificaba en la cantidad de 5.000 euros.

Durante el curso del procedimiento, amplió demanda contra el SAS, si bien la demandante no contestó a la solicitud del Juzgado de optar por el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales o de seguridad social, por lo que la sala declara que "en las presentes actuaciones no

se reclama en ningún caso el reconocimiento a la actora del derecho a obtener una determinada prestación de Seguridad Social ni por ende en la sentencia aquí a dictarse podría otorgársele la misma”, pues el objeto del debate es la acción de tutela de derechos fundamentales. Y sigue: “las presentes actuaciones se iniciaron mediante demanda formulada por la actora en fecha 05.05.2010, y por tanto bajo el amparo de la vigencia de la anterior y actualmente derogada Ley de Procedimiento Laboral” y “no encontrándonos en autos ante un procedimiento en solicitud de reconocimiento de una prestación de Seguridad Social -como así lo entiende la sentencia impugnada- y sí exclusivamente ante un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, derivado de una actuación administrativa sujeta a derecho administrativo llevada a cabo por una Administración Pública, es patente que el Orden Social de la Jurisdicción es incompetente para resolver sobre la misma”.

En el caso de la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 2 de diciembre de 2013, recurso 1740/2013, se “completan” omisiones observadas en la tramitación del procedimiento. En la sentencia de suplicación se reconoce la pertinencia de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, en virtud de la acreditación de la existencia de guardias prolongadas (se trata de una médico de atención primaria, con guardias mensuales de pediatría, cuatro de doce horas en fin de semana y seis de siete horas en laborales a continuación de la jornada ordinaria) y la exposición a agentes biológicos. En la sentencia se aclara, que “alega la recurrente que no se ha tramitado expediente administrativo alguno en relación con el abono de la prestación económica correspondiente, que deberá ser objeto de una ulterior solicitud a efectos de fijar la correspondiente base reguladora; conviene aclarar que en la demanda no se solicita el abono de prestación económica alguna y la sentencia que estima la demanda tampoco dice nada de forma expresa al respecto si bien reconoce a la actora la situación de riesgo durante la lactancia natural desde el 30 de agosto de 2012 "con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración", condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración; pues bien consecuencia legal de la situación protegida prevista en el artículo 135 bis es la que dispone el artículo 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social, es decir la correspondiente prestación económica igual a la prevista para el riesgo durante el embarazo que se extinguirá cuando el hijo cumpla los 9 meses salvo que antes se reincorpore la beneficiaria al trabajo; pues bien tal prestación si no se sirve de oficio por la recurrente deberá reclamarlo la actora porque la demanda nada dice de forma expresa sobre tal cuestión.

CAPÍTULO XII. ¿HACIA LA EQUIPARACIÓN DE LOS PERMISOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD?

ENEA ISPIZUA DORNA

Personal investigador Universidad del País Vasco/EHU

I. INTRODUCCIÓN

El permiso de maternidad vio la luz en Alemania, a finales del siglo XIX. Sin embargo, con la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, se empezó a plantear si el cuidado de los hijos debía ser sólo de las madres y entonces, empezaron a surgir los primeros permisos de paternidad. No obstante, y como ocurre en la actualidad, aún siguen las madres disfrutando del permiso de maternidad mayoritariamente.

Centrándonos en España, en 2007 con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, por la igualdad efectiva de hombres y mujeres se incluyó por primera vez el permiso de paternidad como medida de apoyo a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Este permiso se unió al permiso retribuido por la empresa de 2 días en caso de nacimiento por hijo/a reconocido por el Estatuto de los Trabajadores. Unos años más tarde, concretamente en 2009, con la Ley 9/2009, el permiso de paternidad se amplió a cuatro semanas por nacimiento de un hijo y posteriormente, este mismo año se ha ampliado a cinco semanas. No obstante, el permiso de maternidad sigue en 16 semanas, por lo que dicha reforma perpetúa un modelo en el que la responsabilidad de las cargas familiares sigue recayendo mayoritariamente sobre las mujeres, con las consecuencias que produce esto sobre la igualdad en el mercado laboral.

Ante esta realidad, con esta comunicación se pretende analizar en primer lugar, cuáles son los requisitos legales de los permisos de maternidad y paternidad que existen actualmente en España. En segundo lugar, veremos los datos estadísticos del estado de la cuestión. Asimismo, estudiaremos los pronunciamientos jurisprudenciales más novedosas en la materia de la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad y finalmente, pasaremos a analizar la futura Ley de Empleo Público vasco que incorporará novedades en esta materia. Esta Ley pretende equiparar la duración de los permisos para mujeres y para hombres con el propósito de corregir el desequilibrio que supone el reparto desigual de tareas de cuidado de hijos e hijas. Sin embargo, parece ser un reto importante para el Gobierno Vasco, dado que no existe aún en ninguna otra comunidad autónoma, ni tampoco en el régimen público de función pública del Estado, pero sí por el contrario en los países nórdicos de la Unión Europea.

II. PERMISOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN ESPAÑA

Hasta el año 1900, la legislación únicamente regulaba el trabajo que realizaba la mujer conjuntamente con la regulación de los niños menores. Esto es, existía una Ley, concretamente la denominada Benot que prohibía que los niños menores de 10 años trabajasen en fábricas, talleres, fundiciones o minas. Esta norma, aunque recogiese disposiciones sobre las mujeres y niños, mayoritariamente legislabo a favor de los niños, realizando una regulación escasa de las mujeres. Así, es en 1900 cuando se aprobó la Ley de 13 de marzo 1900 sobre el trabajo de las mujeres y niños en los establecimientos industriales y mercantiles, cuando se regularon los derechos de la mujer con más concreción. A través de esta Ley, que fue el origen de la protección de la maternidad en España, se reconoció entre otros, la prohibición de que la mujer trabajara las tres semanas inmediatamente posteriores al parto, la posibilidad de pedir una baja antes del parto, la reserva del puesto de trabajo

durante su ausencia por causa de embarazo y parto, y el derecho a la lactancia, concretamente una hora de permiso retribuido con la posibilidad de repartirlo en dos períodos, cada una en media hora¹. Esta primera ley también prohibió el desempeño de las actividades laborales peligrosas para la salud de la mujer, como por ejemplo el trabajo nocturno, actividades pesadas y tóxicas...². Esta Ley fue desarrollada por el Reglamento de aplicación del 13 de noviembre de 1900 y fue la que amplió las disposiciones de la ley y aclaró algunos puntos confusos de la misma. Entre los supuestos que reguló este reglamento están los siguientes³:

- Estableció la posibilidad de que las mujeres en su mes octavo de embarazo solicitasen el descanso obligatorio por parto.
- La mujer, después del parto tenía la posibilidad de solicitar la ampliación del descanso en 4 semanas más, siempre y cuando el médico certificase que la mujer no estaba en condiciones de incorporarse aún al trabajo.
- Este Reglamento de desarrollo también posibilitó que el período de lactancia de una hora se dividiese en cuatro períodos de 15 minutos cada uno, siempre y cuando pudieran acercar el bebé al lugar de trabajo de la madre.
- Además, posibilitaba a la madre la ampliación del período de lactancia, pero descontándolo del salario de la madre.

Se puede decir que esta primera Ley no tenía un carácter de protección social, debido a que no recogía ninguna prestación económica ni salario para la trabajadora o su familia durante el período de descanso obligatorio. Asimismo, tampoco se le ofrecía una asistencia médica. Por lo tanto, este descanso obligatorio constituía un deterioro en los ingresos económicos de la mujer, que ya de por sí eran precarios y, en consecuencia, no era suficiente ni mucho menos esta regulación para poder avanzar en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. De hecho, daba lugar a que muchas mujeres se veían forzadas a trabajar los días inmediatamente anteriores o posteriores al parto.

Es en la época de la II. República, cuando se aprueba un nuevo marco jurídico con la creación del seguro social obligatorio de maternidad, a través de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley de 21 de marzo de 1929, y su correspondiente Reglamento de desarrollo de 21 de enero de 1930. Fue este nuevo marco jurídico el verdadero antecedente de la baja de maternidad que actualmente tenemos, dado que reguló por primera vez el descanso obligatorio retribuido tras el parto de las mujeres. El origen de esta nueva regulación en España se remonta a la Conferencia Internacional del Trabajo que fue celebrada en Washington el 29 de octubre de 1919. En esta conferencia se aprobó la ampliación de los derechos de la madre trabajadora y España asumió algunas obligaciones y compromisos que posteriormente fueron desarrollados a través de este nuevo marco jurídico. Sin embargo, la realidad social aún seguía siendo la misma que en años anteriores, donde la función principal de la mujer seguía siendo la de ser madre y esposa. Así, lo han constatado varias autoras como por ejemplo en las siguientes palabras que expresó Molina Gonzalez-Pumariega⁴:

“A pesar, por tanto, del aparente espíritu más abierto y permisivo que se respiraba en las normas republicanas, tal legislación no dejaba de estar teñida de aires moralistas y paternalistas...supuestamente protectores, entre otras razones por la difícil situación que atravesaba el mercado de trabajo en los años treinta, que impedía la libre concurrencia de mujeres para evitar mayor desempleo que el ya grave existente”.

¹ ROMERO MARTÍN, E., “La protección de la maternidad y las políticas de igualdad”, 2015. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10491-la-proteccion-de-la-maternidad-y-las-politicas-de-igualdad/> (Consultado: 13/07/2018).

² IGAREDA GONZÁLEZ, N., “De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado”, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, pg. 190.

³ *Ibid.*, pg. 192.

⁴ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004, pg.77.

Según este nuevo marco jurídico, para que una mujer pudiese acceder a este descanso obligatorio retribuido debía cumplir dos requisitos: por un lado, debía tener la condición de asalariada trabajadora y estar afiliada al Retiro Obrero y, por otro lado, tener una edad comprendida entre los dieciséis y cincuenta años. No obstante, la condición de asalariada trabajadora en esa época tenían muy pocas mujeres, debido a que muchas se dedicaban al servicio doméstico, las cuales quedaban excluidas de esta regulación. Adicionalmente a las condiciones mencionadas, se exigían otras condiciones como, por ejemplo, no superar el límite de 4000 pesetas de remuneración anual, haber contribuido al menos dieciocho meses, y haber sido reconocido por un médico especializado. Una vez cumplidos estos requisitos, ¿qué derechos se le otorgaban a la mujer embarazada? El seguro obligatorio por maternidad reconocía los siguientes:

- Asistencia médica gratuita y asistencia farmacéutica durante el embarazo, el parto y el descanso obligatorio.
- Prestación económica durante las seis semanas de descanso obligatorio inmediatamente posteriores al parto.
- Derecho a la utilización gratuita de las instituciones de protección a la maternidad y a la infancia como los comedores de madres lactantes, salas de partos, guarderías...
- Con el objetivo de mejorar la alimentación de las madres, se reconoció un subsidio por lactancia de los hijos que consistía en cinco pesetas por semana por cada hijo/a, con un máximo de diez semanas.
- Se reconocía una remuneración extraordinaria en casos especiales como enfermedad persistente del hijo/a una vez pasados los seis meses de descanso obligatorio.

Después de los tímidos avances de la II. República en esta materia, llegó el régimen franquista y derogó la regulación sobre maternidad. Por lo tanto, en esta época se vuelve a la figura tradicional de la madre, consistente en la esposa ideal. En consecuencia, toda la legislación aprobada se basaba en la autoridad del varón y la mujer únicamente podía entrar en el mercado laboral, cuando existía una necesidad económica y no había un varón para que pudiese ser el cabeza de familia⁵. Esta idea fue aún reforzada con mayor intensidad con la aprobación de la Ley de 18 de julio de 1938, sobre el Subsidio Familiar Obligatorio. En este sentido, se aprobaron unas prestaciones económicas destinadas a ayudar al varón cabeza de familia que debía sostener una familia extensa. Con esto se pretendía evitar que la mujer se viese con la necesidad de trabajar. No fue la única Ley que pretendía vetar a las mujeres introducirse en el mercado laboral, dado que, por ejemplo, la Orden de 27 de septiembre de 1939, limitó la promoción profesional de las mujeres. Además, la Ley de 16 de octubre de 1942 de Reglamentaciones de Trabajo, permitió que algunas reglamentaciones regulasen la excedencia forzosa de las mujeres nada más casarse. Este mismo año, se aprobó la Ley de Seguro Obligatorio de Enfermedad, y se incorporó en ella la prestación de maternidad y así, se blindó una protección análoga a la maternidad con respecto a la Incapacidad Laboral Transitoria, lo que suponía tener que demostrar requisitos de acceso más duros que los exigidos para la enfermedad común. Más tarde, con la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, se estableció la necesidad de la autorización del marido para que la mujer casada pudiese trabajar.

Hasta los años 60 predominó la misma ideología comentada, pero en la década de los 60 empezaron a surgir cambios económicos y sociales. Así, se aprobó la Ley 56/1961, de 22 de julio sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, desarrolladas por el Decreto 258/1962 y por el Decreto 2310/1970, con los que se intentó equiparar a la mujer con el hombre en ciertos aspectos laborales. En aspectos de protección a la maternidad debemos remontarnos a la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, donde encontramos la regulación de un descanso de al menos seis semanas antes del parto, un descanso de 8 semanas después del parto e incorporó la posibilidad de reducciones de jornada (sustitución del permiso retribuido de lactancia por una

⁵ IGAREDA GONZÁLEZ, N., "De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado", Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, pg. 198.

reducción de jornada de media hora y reducción de jornada de trabajo por cuidado directo de menores de seis años o discapacitados a cargo)⁶.

Con la finalización del régimen franquista y la aprobación de la Constitución Española de 1978, se incorporó en este último texto el principio de igualdad como derecho fundamental. Además, debemos remitirnos a varias disposiciones de la Constitución, como por ejemplo al artículo 41, donde se recoge un mandato a los poderes públicos para que mantengan un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Este artículo hace mención a todos los ciudadanos por lo que la maternidad debe entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición. Asimismo, otro artículo del mismo texto, concretamente el art.39.2. recoge que *“los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil...”*. Por tanto, hace mención especial a la protección de las madres. Tampoco debemos olvidar el artículo 14 CE en esta materia, dado que reconoce el derecho fundamental de no discriminación por razón de sexo que hemos mencionado anteriormente y relacionado con éste, el art.35 CE, donde se prohíbe la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral.

Estas disposiciones constitucionales tuvieron su desarrollo a través de varias normas. Así, en 1980, con la aprobación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, se inició una tendencia modernizadora respecto a esta materia. Esta tónica tuvo reflejo en la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplió a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecieron medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo; en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; y en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La primera norma, es decir, el Estatuto de los Trabajadores, reconoció el derecho de suspensión del contrato de trabajo por la maternidad de la trabajadora por un periodo de catorce semanas que fue posteriormente ampliado a dieciséis semanas. Posteriormente, la Ley 39/1999, introdujo algunas mejoras como, por ejemplo, flexibilizó el uso del permiso y posibilitó el disfrute de la maternidad a tiempo parcial. Por tanto, se dejaba la posibilidad de que la madre pudiese cederle al padre parte del permiso de maternidad, siempre y cuando no fuesen las primeras seis semanas posteriores al parto. En 2007, con la Ley 3/2007, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres. En este sentido, se reconoció el permiso de paternidad por nacimiento de hijo de disfrute intransferible⁷.

Actualmente la regulación española, ¿qué derechos reconoce? El Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 48.4 establece que *“En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto...”*. Este artículo aún sólo hace referencia a la titularidad de la madre trabajadora de dicho permiso. El padre únicamente tendrá derecho de disfrute según dicha disposición, cuando la madre así lo decida. No obstante, tras la aprobación de la Ley 3/2007, se incorporó en los artículos 45.d) y 48.4.bis del Estatuto de los Trabajadores la paternidad, que ha sufrido modificaciones que trataremos posteriormente. En este apartado debemos remitirnos también al Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobó el texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. La regulación jurídica del permiso de maternidad, concretamente se encuentra en el Capítulo VI. Los aspectos más destacables de dicha regulación son los siguientes: se trata de un descanso o suspensión del contrato de 16 semanas ininterrumpidas, donde se percibe un subsidio que alcanza el 100 % de la base reguladora. Esta base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes. Según el art.178 de la Ley General de la Seguridad Social, la beneficiaria deberá acreditar que cumple con los siguientes requisitos:

⁶ *Ibid.*, pg. 200-201.

⁷ PÉREZ CAMPOS, A.I., “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 2014, pg.174-176.

- Encontrarse afiliado y en alta o en situación asimilada en alguno de los regímenes de la Seguridad Social.
- Acreditar un período de cotización según la edad del beneficiario a la fecha del parto, adopción o acogimiento. Si es menor de 21 años no se exige periodo alguno. Entre 21 y 26 años: 90 días dentro de los 7 años anteriores al inicio del descanso, o 180 días en toda la vida laboral. A partir de los 26 años: 180 días dentro de los siete años anteriores al momento de inicio del descanso o 360 días en toda la vida laboral.

Estos requisitos mencionados son para poder tener derecho al subsidio de maternidad. Sin embargo, para poder tener derecho a la paternidad debemos acudir al artículo 183 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social y al artículo 48.7 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores recoge que *“En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d), el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cinco semanas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo...”*. Estas cinco semanas de permiso han sido incorporados a partir del 5 de julio de 2018, ya que hasta entonces consistía en cuatro semanas. La prestación consiste al igual que en la maternidad, en un subsidio del 100 % de la base reguladora y el beneficiario debe cumplir los requisitos recogidos en el artículo 184 de la LGSS: *“...acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, trescientos sesenta días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen”*. Como se ha podido observar, se ha producido un aumento de una semana de permiso de paternidad, pero aún queda lejos de la igualdad real entre hombres y mujeres, donde las mujeres siguen teniendo 16 semanas de permiso frente a los hombres que tienen 5 semanas.

Además de estas dos prestaciones, la Ley General de la Seguridad Social reconoce igualmente otras dos prestaciones en casos de riesgo durante el embarazo o lactancia natural. Se otorga esta protección cuando el puesto de trabajo que desempeña la mujer embarazada, contiene tareas o funciones que provocan riesgos para el embarazo o lactancia natural, sin que sea viable el cambio de puesto de trabajo por otro compatible⁸. Según el artículo 187.3 de la Ley General de la Seguridad Social, la prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora correspondiente. La base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Estas prestaciones se extinguen en el caso de riesgo durante el embarazo por el inicio del descanso maternal, y en el caso de riesgo por lactancia natural por cumplir el hijo 9 meses de edad, o por la interrupción de la lactancia.

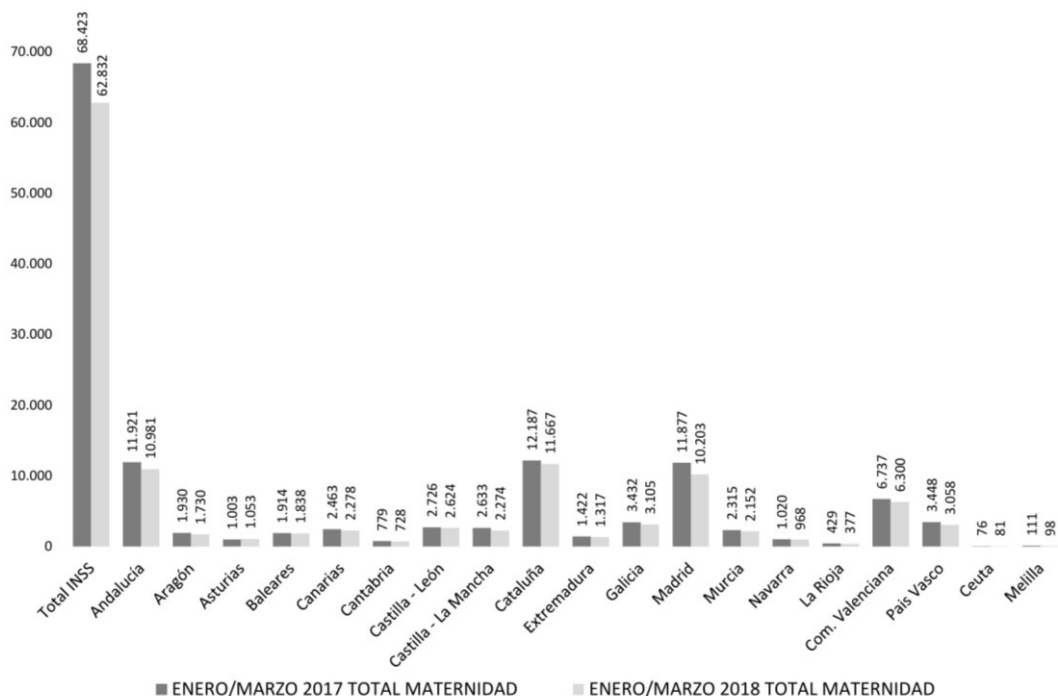
En resumen, hemos podido constatar a través de este apartado, la evolución que han sufrido tanto el permiso de maternidad como el permiso de paternidad y las medidas adoptadas para poder conciliar la vida personal, familiar y laboral. A pesar de que se han efectuado políticas para avanzar en esta materia, aún estamos lejos de alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres respecto a los cuidados familiares.

III. ANÁLISIS DE DATOS ESTADÍSTICOS

En este apartado trataremos de analizar los datos estadísticos facilitados por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social sobre las prestaciones de maternidad y paternidad. Nos centraremos en los últimos datos que proporciona el Ministerio que son del primer trimestre de 2018 (enero-marzo 2018). Asimismo, veremos la evolución que han sufrido estas prestaciones respecto al primer trimestre de 2017 (enero-marzo 2017). En el siguiente gráfico podemos observar los permisos de maternidad que fueron disfrutadas por las mujeres embarazadas tanto en el primer trimestre del 2017 como el primer trimestre del 2018.

⁸ ROMERO MARTÍN, E., “La protección de la maternidad y las políticas de igualdad”, 2015. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10491-la-proteccion-de-la-maternidad-y-las-politicas-de-igualdad/> (Consultado: 13/07/2018).

Permisos de Maternidad



Fuente: elaboración propia

Según podemos ver en el gráfico, en general, han disminuido los permisos de maternidad, dado que, en el primer trimestre del 2017, las mujeres embarazadas que disfrutaron de la maternidad fueron 68.423, mientras que en el mismo período del año 2018 han sido 62.832. Si nos fijamos ahora en las Comunidades Autónomas, podemos destacar esta tendencia de bajada en la mayoría de ellas, excepto en las comunidades autónomas de Asturias y Ceuta, donde al contrario han incrementado. Sin embargo, las comunidades autónomas que más procesos han tendido, han sido Andalucía, Cataluña, Madrid y la Comunidad Valenciana. Esto obviamente, también se ha reflejado en el gasto de dichas comunidades autónomas. El gasto total de la Seguridad Social en esta prestación por maternidad en el primer trimestre del 2018, ha superado los 363.624.870 euros. De esta cifra total, le corresponde a Andalucía algo más de 53.413.582 euros, a Cataluña 71.379.309,75 euros, a Madrid 70.264.033,33 euros y a la Comunidad Valenciana 33.821.312,02 euros. En el lado opuesto, esto es, las Comunidades Autónomas que menos procesos de permisos de maternidad han tenido en el primer trimestre del 2018 han sido Ceuta, Melilla y La Rioja. Obviamente la densidad de la población que hay en cada comunidad autónoma afecta a dichas prestaciones.

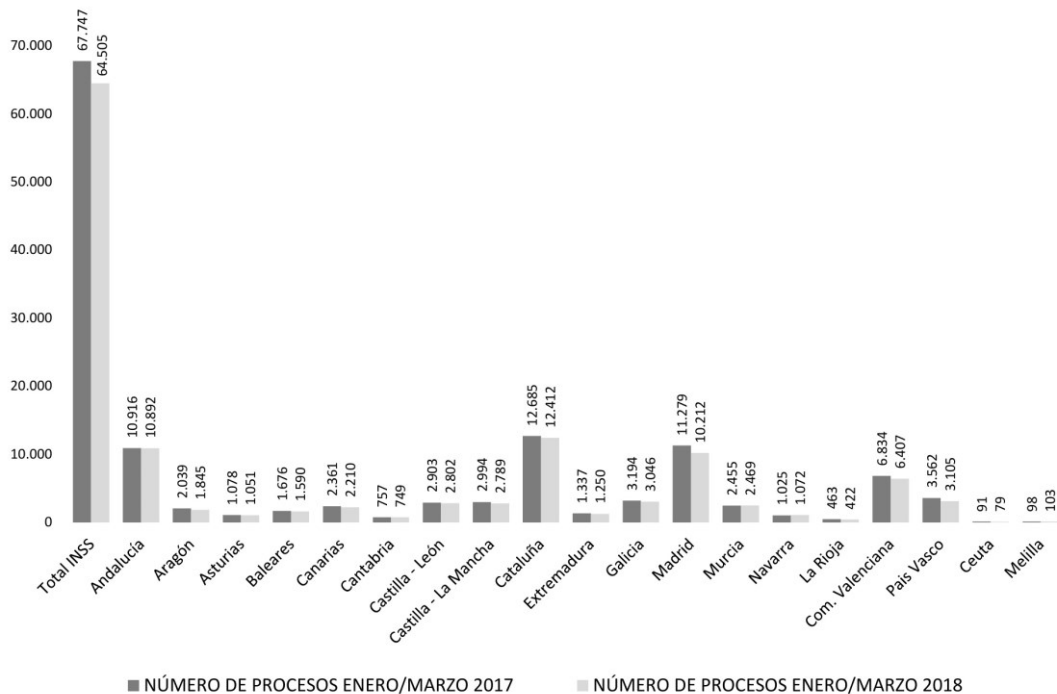
Como se ha comentado en el punto anterior, el padre puede disfrutar del tiempo cedido por la madre al mismo tiempo que ella o a continuación, excepto en las seis primeras semanas del descanso obligatorio para la madre en caso de parto natural. En el primer trimestre del 2018, de la totalidad de prestaciones de maternidad que se han concedido únicamente 1.099 padres han sido los que han percibido, en consecuencia, de la cesión de la madre (del total de 62.832). En el siguiente cuadro podemos ver los procesos de maternidad que finalmente han percibido las madres y los padres por comunidades autónomas:

	ENERO/MARZO 2018		
	TOTAL MATERNIDAD	PROCESOS PERCIBIDOS MADRE	PROCESOS PERCIBIDOS PADRE
Total INSS	62.832	61.733	1.099
Andalucía	10.981	10.850	131
Aragón	1.730	1.696	34
Asturias	1.053	1.026	27
Baleares	1.838	1.807	31
Canarias	2.278	2.236	42
Cantabria	728	703	25
Castilla - León	2.624	2.576	48
Castilla - La Mancha	2.274	2.250	24
Cataluña	11.667	11.477	190
Extremadura	1.317	1.298	19
Galicia	3.105	3.039	66
Madrid	10.203	10.034	169
Murcia	2.152	2.137	15
Navarra	968	937	31
La Rioja	377	366	11
Com. Valenciana	6.300	6.210	90
País Vasco	3.058	2.915	143
Ceuta	81	80	1
Melilla	98	96	2

Fuente: datos del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

En cuanto al permiso de paternidad, es independiente del de la madre y compatible con el disfrute compartido del permiso de maternidad, cuando es cedido por la madre como hemos podido constatar. En los datos estadísticos que posteriormente analizaremos se refleja el permiso de paternidad cuando aún consistía en cuatro semanas y no en las cinco semanas que supone en la actualidad a partir de este mes de julio de 2018.

Permisos de Paternidad



El número de procesos por paternidad entre enero y marzo de 2018 ha sido de 64.505 frente a los 67.747 del mismo periodo en el 2017, lo que supone un 4,79 % menos. No obstante, el coste ha sido cerca de 102 millones de euros en el año 2018, lo que supone un 28,01 % más que en 2017. El mayor número de procesos por permisos de paternidad se han registrado como se observa en el gráfico, en Cataluña (con 12.412 procesos en el primer trimestre del 2018 y 12.685 procesos en el mismo período del 2017), en Andalucía (con 10.892 procesos en 2018 y 10.916 procesos en 2017), en Madrid (con 10.212 procesos en 2018 y 11.279 procesos en 2017), en la Comunidad Valenciana (con 6.407 procesos en 2018 y 6.834 en 2017) y en el País Vasco (con 3.105 procesos en 2018 y 3.562 en 2017). En todas estas comunidades autónomas, la tendencia ha sido de bajada respecto al año 2017.

Respecto al gasto total destinado tanto a la prestación de maternidad como de paternidad debemos destacar los siguientes datos

	Gasto paternidad		Gasto maternidad	
	Enero/Marzo 2017	Enero/Marzo 2018	Enero/Marzo 2017	Enero/Marzo 2018
Total INSS	79.626.250,08	101.928.339,96	360.196.038,04	363.624.870,32

Fuente: elaboración propia

En la tabla anterior podemos observar que el gasto total destinado a las dos prestaciones ha sufrido un aumento, siendo mayor esta diferencia de subida entre el 2017 a 2018 en el caso de la paternidad (una variación del 28,01 % en la prestación de paternidad frente al 0,95 % de la prestación de maternidad). El 1 de enero del 2017 entró en vigor la ampliación de la baja de paternidad de dos a cuatro semanas y esto se refleja en los datos, a diferencia del aumento a cinco semanas que se ha producido en julio de 2018. Algunos expertos temían que se produjese un descenso del gasto de la prestación de paternidad, debido a que pensaban que los trabajadores no iban a pedir el permiso por miedo de represalias en sus empresas y por perder oportunidades de promoción. No obstante, los datos de la tabla demuestran que no ha sido así, dado que el presupuesto destinado a la prestación de

paternidad ha subido respecto al 2017 en un 28.01 %. Si se sigue dicha tendencia, en los próximos datos estadísticos que proporcione el Ministerio, debido al aumento de la duración de paternidad de cuatro a cinco semanas, subirá también el gasto que destine el Gobierno a la prestación de paternidad.

IV. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES MÁS RELEVANTES

En esta sección, vamos a centrarnos en estudiar los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes y relevantes de la materia de la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad. En primer lugar, vamos a analizar dos sentencias de dos Tribunales de Justicia, en concreto, la sentencia 12376/2017, de 22 de noviembre de 2017, dictada por el Tribunal de Justicia de Madrid y la sentencia 144/2017, de 2 de febrero de 2017, dictada por el Tribunal de Justicia de Navarra. Ambas sentencias desestiman los recursos interpuestos por unos padres que alegaban discriminación entre hombres y mujeres.

En la primera sentencia mencionada (STSJ de Madrid, nº 12376/2017), se alega que la legislación actual ocasiona que sigan siendo las mujeres quienes se ocupen de los cuidados de los hijos/as y esto ocasiona desigual acceso y permanencia en el mercado laboral y, en consecuencia, no reduce la brecha salarial. Asimismo, se hace mención a que la duración mayor del permiso de paternidad provocaría un disfrute efectivo por parte de los padres de más tiempo de cuidado de los menores. Para fundamentar dichos argumentos se basa en la incorrecta aplicación de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, de la Directiva 2006/54/UE de igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, de la Carta europea de derechos fundamentales y de la jurisprudencia europea sobre el principio de igualdad de trato. Ante estos argumentos de los recurrentes, el Tribunal de Justicia explica que el padre no es excluido en ningún momento en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, al dejarle la opción de disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. En consecuencia, menciona que el dar el derecho de opción a la madre no es discriminatorio por razón de sexo, sino por causas naturales distintas de aquél, pero materialmente existentes. Asimismo, hace mención a la sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de diciembre, donde se expresaba lo siguiente: *“situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida...es claro que la paternidad y la maternidad no son realidades equivalentes y las diferencias entre una y otra pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones...”*. En resumen, el Tribunal de Justicia desestima el recurso alegando que el legislador puede establecer diferencias de trato, en este caso dando la opción a la madre, que no son arbitrarias ni carentes de fundamento. El Tribunal no considera que la maternidad y paternidad sean realidades equivalentes.

En este mismo sentido, en la segunda sentencia mencionada, es decir, en la STSJ de Navarra nº 144/2017, se resuelve un recurso interpuesto por otro padre con la finalidad de que se le reconozca la prestación de paternidad en términos equiparables a la de maternidad. Los argumentos en los que se basa el recurso principalmente son los mismos que en la sentencia anterior y que la prestación de maternidad y paternidad se tratan de derechos de conciliación y no en medidas de protección. En esta sentencia, al igual que en la anterior desestima el recurso, argumentando lo siguiente: *“...los argumentos del recurso lo son de lege ferenda, y deben en su caso servir para instar un debate social, o debatir en propuesta normativa y parlamentaria las correspondientes modificaciones legislativas, pero no son procedentes en este momento, pues estando clara la normativa, y establecida jurisdiccionalmente su constitucionalidad, la Sala debe atenerse a la aplicación del derecho vigente. Y en este punto es claro que el principio de igualdad y no discriminación, no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art.14 CE, y es lícito y aún conveniente establecer diferencias entre el hombre y la mujer en la regulación de los permisos de paternidad y maternidad”*.

Además de las sentencias anteriores, debemos destacar otras dos sentencias relevantes anteriores: el asunto C-104/09, del 30 de septiembre de 2010, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la sentencia nº 75/2011, de 19 de mayo de 2011, del Tribunal Constitucional.

En la primera de ellas, se resuelve una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de varios artículos de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo. El litigio principal que se resuelve en esta sentencia es concretamente que un padre solicitó que se le reconociese el permiso que se recoge en el art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores que se le fue denegado. En un primer momento, el Juzgado de lo Social nº4 de A Coruña, desestimó la demanda y por eso, acudió al TSJ de Galicia. Este último órgano tuvo dudas a la hora de interpretar y por eso planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: ¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido en el artículo 13 del Tratado y en la Directiva 76/207 y en la Directiva 2002/73, una Ley nacional que reconoce la titularidad del derecho a un permiso retribuido de lactancia exclusivamente a las madres que trabajan por cuenta ajena, consistente en una reducción de jornada de media hora o bien una ausencia de una hora que puede ser dividida en dos fracciones, de carácter voluntario y retribuido a cargo del empresario y hasta que el niño/a cumple la edad de nueve meses y no se concede, por el contrario, la titularidad a los padres que trabajan por cuenta ajena? El Tribunal tras analizar las alegaciones y la normativa comunitaria como estatal resuelve de la siguiente manera: “...resulta que el art.2, apartados 1,3 y 4 y el art.5 de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 75/2011, de 19 de mayo de 2011, resuelve una cuestión planteada por el Juzgado de lo Social de Lleida que se basa en si el art.48.4 del Estatuto de los Trabajadores es inconstitucional por su posible contradicción con el art.14 CE. Ante esta cuestión planteada, el Tribunal Constitucional menciona que en el supuesto de parto, el disfrute del período de suspensión del contrato de trabajo, durante las seis primeras semanas, en las que se pretende proteger la salud y las relaciones entre la mujer y su hijo, es descanso obligatorio para la madres y por tanto, no lo puede ceder, mientras que en las semanas posteriores, puede ceder tal derecho a favor del padre trabajador si lo estima oportuno, siempre que ésta trabaje, dado que nadie tiene puede ceder un derecho que no tiene. Por lo tanto, considera que la finalidad primordial es la protección de la salud de la mujer trabajadora en este caso, y que es coherente con la regulación legal del derecho a la suspensión del contrato de trabajo que se recoge en el Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, hace hincapié en que “no puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o para adaptarlas a las necesidades del momento”. Parece que, de estos últimos pronunciamientos, el legislador ha avanzado y ha aprobado algunas medidas tendentes a la equiparación de la mujer y el hombre en esta materia. Por lo tanto, debemos estar atentos a los siguientes pronunciamientos que den los tribunales en esta materia tras las modificaciones legislativas acontecidas y las que puedan aprobarse en el futuro.

V. REGULACIÓN INTERNACIONAL Y COMUNITARIA DE LA MATERIA Y LA PROPUESTA DEL GOBIERNO VASCO

En la primera parte de esta comunicación sobre todo nos hemos centrado en los aspectos de la regulación de la maternidad y paternidad en el ámbito estatal. Sin embargo, en el ámbito internacional también podemos destacar algunas normas sobre esta materia. Concretamente, hay que remontarse a 1919, a la fecha en la que se aprobó el Convenio nº 3 de la OIT, sobre el empleo de las

mujeres antes y después del parto. Unos cuantos años más tarde, en 1952, se aprobó el Convenio n° 103, sobre la protección de maternidad que revisó el convenio anterior. Anteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 también reconoció un derecho a cuidados y asistencias especiales para la maternidad y la infancia. Más tarde, con la aprobación de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, reconoció a la mujer trabajadora un descanso mínimo de doce semanas, en los supuestos de parto con prestaciones de la Seguridad Social, así como la ilegalidad de la extinción de su contrato durante el permiso de maternidad. Posteriormente, en 1965 se aprobó la Recomendación n° 123, sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares⁹.

Asimismo, en el seno de las Naciones Unidas también se han aprobado algunas normas relativas a dicha materia: la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas recogió el principio de igualdad de todos los seres humanos y la prohibición de discriminación por razón de sexo, el principio de igualdad ante la ley, la protección de la maternidad y la infancia; en 1979, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Son de destacar también, la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995) y la Declaración de la Conferencia Internacional de Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975)¹⁰.

En el ámbito comunitario es de destacar el art.141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que prohíbe la discriminación indirecta y las medidas de acción positiva en relación con el principio de igual retribución a trabajo de igual valor. Asimismo, han de tenerse en cuenta la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de 19 de diciembre 1989 y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, que recogían que con el objetivo de poder conciliar la vida familiar y la vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo de nacimiento o adopción de un niño. La Unión Europea ha ido aprobando diversas Directivas relacionadas con este tema, pero las más destacables son la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992 relativa a la Seguridad y Salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia y la Directiva 96/34/CE, derogada posteriormente por la Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el acuerdo marco revisado sobre el Permiso Parental. El bien jurídico protegido por estas normas es concretamente la salud de la madre. Así, se puede constatar en las medidas que se recogían en la Directiva 92/85/CEE: las mujeres no pueden realizar trabajos nocturnos durante el embarazo y por eso, deben trasladarles a un puesto diurno o solicitar la baja por maternidad; la licencia de maternidad debe ser por un período ininterrumpido de al menos catorce semanas antes y/o después del parto, de las cuales dos semanas son de descanso obligatorio para la madre; se reconocía el derecho a ausentarse en el trabajo sin la pérdida del salario, por acudir a exámenes prenatales; y se prohibía el despido de las mujeres embarazadas. Además de las normas comentadas, no debemos olvidar la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma. Esta norma incrementa la protección de las trabajadoras autónomas y las de sus cónyuges colaboradores o parejas de hecho, especialmente en caso de maternidad¹¹. Toda esta normativa destinada a proteger a la mujer embarazada tiene su origen en la preocupación de la Unión Europea sobre la baja natalidad que podía poner en peligro la continuidad del crecimiento económico europeo.

Estas normas han ido transponiéndose en los Estados Miembros y en España se han adoptado las reglas que mencionábamos en el primer apartado. No obstante, existen países que han avanzado más que España en esta materia como son por ejemplo los países nórdicos, que cuentan con una

⁹ PÉREZ CAMPOS, A.I., “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 2014, pg. 170-171.

¹⁰ IGAREDA GONZÁLEZ, N., “De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado”, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, pg.204-205.

¹¹ PÉREZ CAMPOS, A.I., “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 2014, pg.171-174.

concienciación superior en el tema de la conciliación laboral. En el caso de Suecia, por ejemplo, disponen de 64 semanas compartidas entre el padre y la madre e igualan así la prestación entre hombres y mujeres y perciben el 80 % las primeras 52 semanas. En el ranking le sigue otro país nórdico que es Noruega, dado que en este país se le reconoce a la madre 56 semanas cobrando el 80 %, mientras que el padre tiene derecho a 10 semanas con el 100 % de su salario. Finlandia, también destaca por disponer la madre de 15 semanas más 22,5 semanas compartidas con el padre. No obstante, en la cola del ranking se sitúan Turquía y Suiza donde todavía les queda mucho por avanzar en esta materia, debido a que la madre tiene el derecho a disfrutar de 16 semanas mientras que el padre únicamente dispone de 3 días de permiso. Existen algunos países de la UE que tienen unas grandes diferencias en cuanto al permiso de maternidad y paternidad. En este sentido, podemos observar el caso de Reino Unido que tiene un permiso de maternidad de 365 días, mientras que el padre sólo dispone de 14 días de permiso. También es de destacar que los países más avanzados no ofrecen el 100 % del salario en toda la duración del permiso como lo hace el legislador español¹².

Además de los permisos de maternidad y paternidad, en algunos países se recoge el permiso parental. La OIT, en la Recomendación nº 191, ya recogía este concepto como *“La madre o el padre que trabaja debería tener derecho a una licencia parental durante el período siguiente a la expiración de la licencia de maternidad”*. El primer país que reconoció esta figura fue Suecia en 1974, y lo definía como un permiso de cuidados y no como un permiso por nacimiento¹³.

Una vez analizado el ámbito internacional y comunitario, volvemos al nivel nacional y especialmente a las ayudas que conceden las Comunidades Autónomas. Especialmente nos centraremos en las ayudas que ofrece el Gobierno Vasco que son de destacar las siguientes: las ayudas económicas a las familias con hijos e hijas a cargo que recogen tres tipos de ayudas, esto es, ayudas por hijo/a a cargo, ayuda por parto o adopción nacional múltiple y ayuda por adopción internacional; además, el Gobierno Vasco también dispone de ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral aprobadas por el Decreto 31/2015, de 17 de marzo. Este último decreto recoge ayudas para personas trabajadoras que se encuentren en situación de excedencia o reducción de jornada de trabajo para el cuidado de hijos/as, para el cuidado de familiares en situación de dependencia o extrema gravedad sanitaria y ayudas por la contratación de personas trabajadoras para el cuidado de hijos/as menores. En cuanto a las prestaciones de maternidad y paternidad, es de destacar que el Gobierno Vasco ha planteado que pretende equiparar por ley la duración de los permisos parentales entre las madres y padres. Esta medida se recoge en el anteproyecto de la Ley de Empleo Público vasco y, por lo tanto, esta medida será aplicable para los funcionarios. Si es así, será la primera comunidad en equiparar los permisos de paternidad y maternidad de los funcionarios y, en consecuencia, fomentar la igualdad y la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en el cuidado de los hijos/as. La propuesta recoge la equiparación de la duración de los permisos de paternidad y maternidad independientemente de su sexo, y remunerarlos al 100 % y no hacerlos transferibles entre los miembros de la pareja. Veremos cómo lo regulan cuando aprueben la Ley de Empleo Público vasco, ya que aún se encuentra en trámite después de que los sindicatos hayan presentado varias enmiendas.

A nivel estatal, el 26 de junio de 2018, en el Congreso de los Diputados se ha aprobado la toma en consideración de una proposición de ley, de reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. El objetivo de esta propuesta presentada por Unidos Podemos-EC-EM, es mejorar los permisos de los progenitores y lograr que sean igualitarios, intransferibles y remunerados al 100 %. De manera resumida se puede decir que la proposición de ley incorpora los siguientes derechos:

¹² MARTÍNEZ GARCÍA, M.L., “La cara oculta de la protección por maternidad y paternidad”, Universidad de Murcia, 2016, pg. 411-412.

¹³ *Ibid.* Pg. 414.

- Cada progenitor tendrá derecho del mismo período de suspensión, sin poder ser cedido ni compartido y con derecho a una prestación del 100 % de la base reguladora durante toda su duración.
- Se plantea el diseño de un nuevo sistema que consiste en un permiso que posibilita la presencia en el hogar de ambos progenitores, para proteger a la mujer durante la recuperación del parto, así como para la atención a la criatura recién nacida o adoptada.

Parece que la tendencia tanto del Gobierno Vasco como del Gobierno de España es ir aprobando medidas que avancen hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y en las responsabilidades familiares.

VI. CONCLUSIONES

Como hemos podido observar, con el paso de los años la regulación de la maternidad ha avanzado desde una regulación conjunta con los menores, a una regulación específica de reconocimiento de una prestación retributiva de maternidad con una duración de 16 semanas. No obstante, los efectos de esta desigualdad entre las madres que optan por disfrutar la maternidad durante las 16 semanas que se les reconoce y los padres que optan por el cuidado de sus hijos durante las cinco semanas que se les reconoce, existe una diferencia abismal. Esto, hace que aun siga siendo grande la brecha salarial que existe entre ambos sexos y por eso, las propuestas de los partidos políticos van encaminadas hacia la equiparación de los permisos de cuidados de hijos.

Respecto a los datos estadísticos analizados y facilitados por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, es destacable el descenso de los procesos tanto de los permisos de maternidad como de paternidad en el primer trimestre del 2018 respecto al mismo período del año de 2017. No obstante, el gasto destinado a dichas prestaciones ha aumentado siendo mayor esta subida en el caso de los permisos de paternidad. Esta circunstancia puede ser debido a que en el 2017 se incrementó la duración del permiso de paternidad a cuatro semanas que ha podido tener reflejo en estos datos. Siguiendo esta tendencia, se supone que en los próximos datos estadísticos se incrementará el gasto de la prestación de paternidad, debido a que este mismo mes de julio se ha ampliado en cinco semanas este derecho. Asimismo, debemos destacar que aún son pocos los padres que perciben las prestaciones de maternidad por motivo de la cesión de la madre de este derecho.

En cuanto a las sentencias que hemos analizado sobre esta materia, son de destacar las conclusiones tan similares a las que llegan las dos primeras. En resumen, llegan a concluir que las diferencias que existen actualmente entre los permisos de maternidad y paternidad no resultan contrarios al principio de igualdad y no discriminación que se recoge en el artículo 14 de la Constitución. También resultan interesantes los pronunciamientos que realiza una de ellas, animando a debatir y proponer modificaciones legislativas en esta materia, lo que parece que está teniendo efecto tanto a nivel estatal como a nivel autonómico. Por el contrario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una sentencia, sí que observó discriminación entre mujeres y hombres respecto a una norma nacional que reconoce un derecho a las mujeres, mientras que ese mismo derecho únicamente lo tendrán los hombres cuando las madres les cedan. Parece que hasta ahora, los juzgados nacionales han predominado en sus argumentos la protección de la salud y las relaciones entre la mujer y su hijo.

Finalmente, hemos podido observar que tanto a nivel internacional como a nivel comunitario se han promulgado diversas normas para proteger a la mujer embarazada. Estas normas han tenido claro efecto en los Estados Miembros y también en España, pero hemos podido comprobar que existen otros países los cuales están más avanzados en esta materia. Sobre todo, los países pioneros o los que mayores avances han tenido al respecto son los países nórdicos, donde se reconoce una duración superior tanto de la maternidad como el de paternidad y así se realiza una regulación igualitaria entre hombres y mujeres. Por tanto, el legislador español debería tener a estos países como ejemplo y seguir fijándose en sus políticas en esta materia. Parece que así lo están haciendo, dado que tanto a nivel estatal como a nivel de la comunidad autónoma vasca han surgido propuestas respecto

II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

a la equiparación de los permisos de paternidad y maternidad que se encuentran en trámite y que tendremos que observar en qué quedan dichas medidas.

CAPÍTULO XIII. EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA Y SU COMPATIBILIDAD CON OTRAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. PERMISOS Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN

AMANDA MORENO SOLANA

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

I. INTRODUCCIÓN

El embarazo y la lactancia siguen siendo temas que plantean, desde diferentes perspectivas jurídicas, cuestiones interesantes que van resolviéndose por nuestros Tribunales pero que merecen ser estudiadas cada cierto tiempo para comprender los avances y las tendencias. El presente trabajo, tiene por objetivo entrar en el análisis del embarazo y de la lactancia desde la óptica de la Salud Laboral y su conexión con la Seguridad Social. Por ello, en primer lugar, de una manera muy breve, hemos determinado los supuestos en los que se puede acceder a las prestaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia; y en segundo, hemos estudiado la compatibilidad o incompatibilidad de estas prestaciones con otras del Sistema, y con algunos de los derechos laborales con los que estas prestaciones podrían llegar a colisionar.

Antes de entrar en el análisis jurídico laboral, resulta muy interesante traer a esta comunicación algunos de los datos a los que hemos podido acceder, y que nos han permitido corroborar ciertas intuiciones. En relación con el riesgo durante el embarazo, y pese a al cambio producido en 2007 con Ley Orgánica 3/2007, de igualdad entre hombres y mujeres (LOIHM), y el paso a la consideración de la contingencia como profesional, y su gestión por las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, los datos que hemos podido ver nos muestran una tendencia constante y creciente en el número de procesos iniciados de trabajadoras por cuenta ajena durante los últimos años, pasando de 29.409 procesos iniciados en 2018 a 75.456 procesos en 2017¹. Así pues, este aumento constante, y su mantenimiento desde 2015 de los procesos iniciados de riesgo durante el embarazo sólo nos permite afirmar, por un lado, que la suspensión del contrato de trabajo y el recurso a la prestación de la seguridad social, sigue siendo la medida preventiva prioritaria, y ello pese a la regulación normativa, como veremos a continuación; y por otro, que pese a la necesidad de existencia de riesgo específico para declarar la situación como de riesgo, la casuística, como también veremos, supone que muchos de los riesgos genéricos, cuando se está ante una situación de embarazo, se convierten en riesgos específicos.

¹ Datos obtenidos de las estadísticas de la página de la Seguridad Social sobre riesgo durante el embarazo, en línea: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Riesgo_durante_el_embarazo2016/in dex.htm En 2012: 58.473 procesos; en 2016, 74.631 procesos. A la misma conclusión se llega si observamos los datos de AMAT, en línea: http://www.amat.es/cifras_y_datos/embarazo_y_lactancia.3php

En el riesgo durante la lactancia, en cambio, se observa una tendencia decreciente que comienza en el año 2010, y ello pese a que la opción de las madres por lactancia natural y mixta se ha mantenido constante, o incluso en los casos de lactancia de mayor duración, ha pasado del 32,6 % en 1995 al 46 % en 2012². El riesgo durante la lactancia como contingencia profesional, comenzó a concederse tras la aprobación de la LOIHM, por lo que, es a partir de esa fecha cuando tenemos referencias. Puede observarse que en los primeros años, 2007, 2008, 2009 y 2010 se va produciendo un aumento progresivo de las situaciones de riesgo durante la lactancia y, por ello, de la concesión de la prestación de la seguridad social. Sin embargo, en el año 2011, las cifras dan un giro inesperado como consecuencia de las Sentencias del Tribunal Supremo que unifican doctrina al respecto y limitan el supuesto de hecho del riesgo durante la lactancia a los casos en los que haya un riesgo específico. Esto ha hecho que a partir del año 2011, el número de procesos iniciados y de prestaciones concedidas haya disminuido considerablemente, produciéndose una restricción clara sólo a los supuestos reales de riesgo durante la lactancia natural (pasando de 1.209 procesos iniciados de trabajadoras por cuenta ajena durante el ejercicio 2009 a 768 procesos en el ejercicio de 2017), y que no hayan podido solventarse por la aplicación de las obligaciones preventivas prioritarias del empresario de adaptación del puesto o cambio de funciones o de puesto de trabajo³.

II. ACCESO A LAS PRESTACIONES DE RIESGO

1. LA TRABAJADORA EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA COMO TRABAJADORA ESPECIALMENTE SENSIBLE

La protección de trabajadores especialmente sensibles (en adelante, TES) viene recogida en el art. 25.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) que establece la protección del trabajador que por sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial, pueda implicar, en el desarrollo de su actividad laboral, una mayor situación de peligro o cuando el trabajador se encuentra manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no responden a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Por tanto, será TES en el sentido del art. 25.1 LPRL cualquier trabajador cuyas características personales dan lugar a un condicionante físico, psíquico o sensorial, que le hace particularmente más vulnerable a los riesgos del trabajo; riesgos profesionales que aparecen como consecuencia de esos condicionantes personales, o que siendo los riesgos que afectan a cualquier trabajador, en el caso de éstos, se agravan como consecuencia de las particularidades que les caracterizan, y para los que el legislador ha previsto una tutela reforzada elevando el estándar de prevención establecido por la LPRL⁴.

El estado biológico como elemento que determina la posible especial sensibilidad ha llevado al legislador, tanto europeo como nacional, a proteger a las trabajadoras en estado de embarazo y de

² Estos datos se pueden obtener de ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA: Lactancia Materna en Cifras, estudios publicado en 2016, en línea: <https://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/201602-lactancia-materna-cifras.pdf>

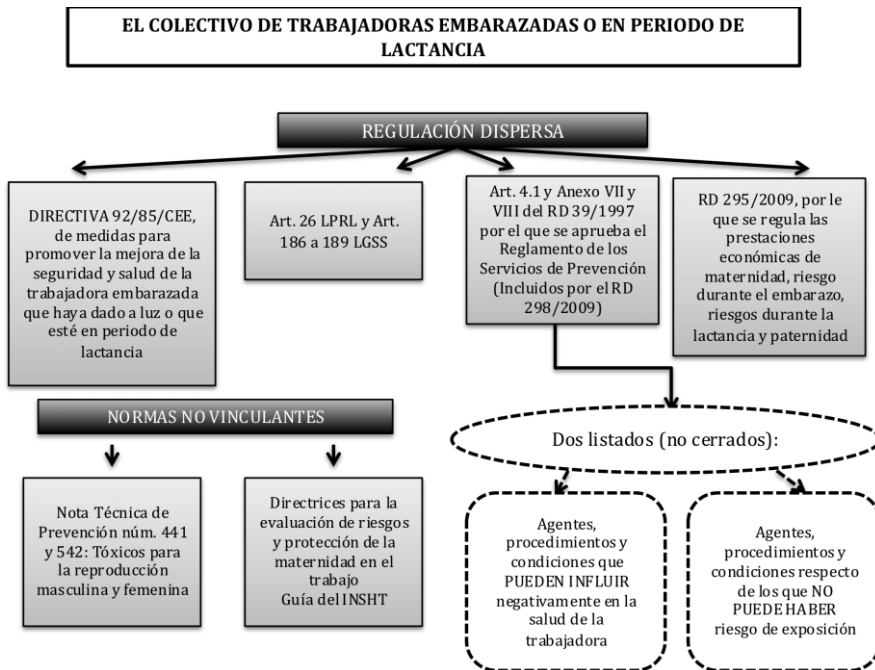
³ Datos obtenidos de las estadísticas de la página de la Seguridad Social sobre riesgo durante la lactancia, en línea: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadística/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Riesgo_durante_la_lactancia_natural2016/index.htm. En 2010: 1.162 procesos; en 2012: 849 procesos; en 2015: 683 procesos. A la misma conclusión se llega si observamos los datos de AMAT, en línea: http://www.amat.es/cifras_y_datos/embarazo_y_lactancia.3php

⁴ PALOMO BALDA, E.: "Grupos especiales de riesgo", VV.AA.: *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, ARAMENDI SÁNCHEZ, P. (DIR.), Madrid, Dykinson CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, 2006; GARCÍA-PERROTE, I.: "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", VV.AA.: CASAS BAAMONDE, M. E., *Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997; GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, Madrid, Trotta, 1996. LÓPEZ AHUMADA, J. E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales*, Madrid, Marcial Pons, 2010; GONI SEIN, J. L. Y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral del trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Navarra, Aranzadi, 2016; MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. LOUSADA AROCHENA, J. F. Y RON LATAS, R.: *La protección de la salud laboral de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos*, Albacete, Bomarzo, 2018.

lactancia a protegerlas de manera general como colectivo especialmente sensible. Lo que no significa que todas las mujeres, por el hecho de estar embarazadas o en periodo de lactancia natural, ya vayan a ser TES. Así, podemos encontrar la regulación de esta concreta cuestión, por un lado, en la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia⁵; y por otro, en el art. 25.2 y el art. 26 LPRL, que aunque no hacen una delimitación clara de los sujetos protegidos, de su lectura se puede deducir quiénes son las beneficiarias de la protección. En este sentido, la Ley española ha ampliado el ámbito de aplicación subjetivo por cuanto ha querido proteger las distintas etapas del ciclo de la mujer incluyendo no sólo el embarazo y la lactancia, sino también la fase previa, la procreación⁶. En la actualidad, sólo estas normas de seguridad y salud establecen ciertas regulaciones concretas respecto de la mujer en su condición de madre. En el siguiente cuadro se puede ver de manera general la regulación de prevención de riesgos laborales de la trabajadora como especialmente sensible.

⁵ En relación con la normativa comunitaria ver: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación al Ordenamiento Español (I) y (II)*, Relaciones Laborales, Vol. I, 1991, pp. 1221-1253; GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, E.: *El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CEE*, Actualidad Laboral, Vol. III, 1991

⁶ Junto a la LPRL se deben destacar algunas disposiciones reglamentarias sobre seguridad y salud laboral que hacen menciones concretas sobre la mujer embarazada. Así el RD 664/1997, de 12 de mayo, de protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, cuyo art. 4.3 f) se establece que la evaluación deberá tener especialmente en cuenta los riesgos adicionales que se puedan originar como consecuencia del estado biológico conocido del trabajador; el RD 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores en las actividades mineras, establece en el punto 17 del Anexo que las mujeres embarazadas y o las madres lactantes deberán tener la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas; el RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra las radiaciones ionizantes, dedica un artículo completo a la protección del embarazo y la lactancia. Junto a estas disposiciones que hacen expresa referencia a esta materia, hay otras que, con ocasión de otra regulación, también se puede entender aplicable a las mujeres embarazadas o lactantes. Así, el RD 374/2001, de 6 de abril, sobre protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, establece en su art. 6, en relación con la vigilancia de la salud la obligatoriedad de los reconocimientos médicos, en los supuestos de estado biológico conocido; el RD 487/1997, de 14 de abril sobre condiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores, en cuyo anexo, se establece la necesidad de tener en cuenta los factores individuales entre los que destaca la falta de aptitud física, cuestión ésta que se podrá traer a colación cuando se trata de mujer embarazada o lactante; o el RD 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido, cuyo art. 4.5 establece la obligatoriedad de que el empresario adapte las medidas para el supuesto de trabajadores sensibles, entre los que incluimos a las trabajadoras embarazadas.



Ahora bien, es imprescindible determinar cuando una trabajadora será TES y cuáles son las medidas de prevención que el empresario está obligado a adoptar en esos casos. A estos efectos, el art. 26 LPRL, en conjunción con el art. 4 RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (en adelante, RSP), vienen a regular los deberes del empresario. Así pues, lo primero que el empresario debe tener es una evaluación de riesgos laborales en la que contemple los riesgos laborales en los casos en los que el puesto de trabajo pueda ser ocupado por un TES, y concretamente por una trabajadora embarazada o en periodo de lactancia (art. 4.1 b) RSP). A continuación, y más allá de esta evaluación⁷, es imprescindible que cuando la trabajadora comunique su estado de embarazo⁸, el empresario realice una evaluación de riesgos específica en la que se pueda determinar los riesgos específicos que tiene el puesto de trabajo y las funciones que realiza para esa concreta trabajadora. Esta es la primera y fundamental obligación preventiva, de la que van a depender las demás, ya que la determinación de los riesgos específicos para el embarazo y la lactancia, y la concreta situación de la trabajadora, van a ser la clave para suspender el contrato de trabajo de la trabajadora y generar el derecho a la prestaciones de riesgo de la seguridad social, como después veremos.

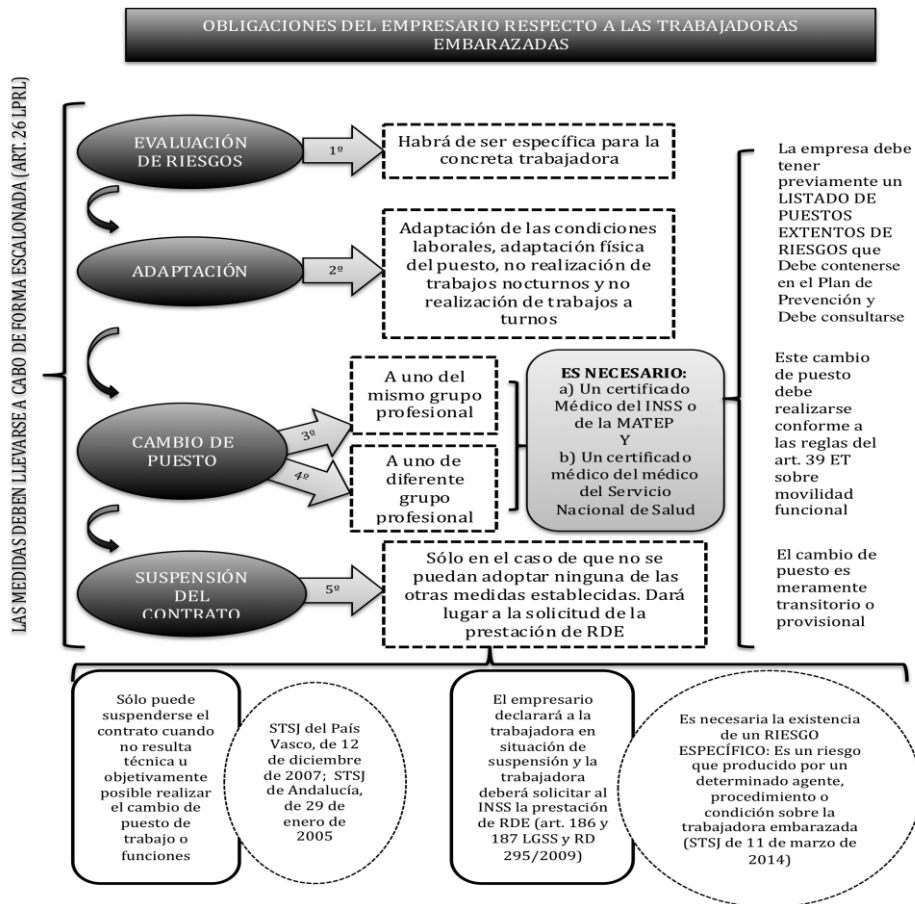
El acceso a estas prestaciones está condicionado al cumplimiento de una serie de pasos previos hasta alcanzar la suspensión de la relación laboral. El primero de ellos, la adaptación del puesto de trabajo, ya sea física o de las condiciones laborales, y el segundo, cuando la adaptación no es posible, el cambio a otro puesto de trabajo, ya sea del mismo grupo profesional o a otro grupo profesional

⁷ Que sólo contendrá los riesgos generales del puesto, y que no puede determinar todos los riesgos que aparecen cuando el puesto es ocupado por un TES porque las características personales o el estado biológico concreto serán también determinantes en los riesgos específicos.

⁸ Obligación que nace para la trabajadora correctamente informada en materia de PRL: MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 210-218; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada*, Temas Laborales, núm. 79, 2005 cit. pp. 37. Hay algún ejemplo de normativa que prevé esta cuestión: La obligación de la trabajadora embarazada de comunicar su estado al empresario desde el momento que tiene conocimiento del mismo queda expresamente recogida en el RD 783/2001 que establece el reglamento sobre protección contra radiaciones ionizantes, cuyo art. 21. c) establece que: "En el caso de mujeres, la necesidad de efectuar rápidamente la declaración de embarazo y notificación de lactancia, habida cuenta de los riesgos de exposición para el feto, así como el riesgo de contaminación del lactante en caso de contaminación radiactiva corporal".

diferente. Estos pasos han de ser constatados fehacientemente, convirtiéndose la prueba de ellos en un elemento determinante para proceder a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (art. 45.1 e) ET). Se necesitará probar, por una parte, la imposibilidad de cumplir las previsiones establecidas por el artículo 26 LPRL y, por otra parte, que las condiciones de trabajo son perjudiciales para la salud de la madre y del feto⁹.

El legislador ha querido, cuando no sea objetivamente posible o que por razones justificadas no pueda exigirse la adaptación del puesto o cambiar a la trabajadora de funciones o a otro puesto de trabajo, acompañar la suspensión del contrato con una prestación del sistema de Seguridad Social. Con esta prestación económica consistente en la percepción de un subsidio sustitutivo del salario durante el período de suspensión del contrato, no se pretende reparar o compensar un daño o una situación de necesidad ya actualizada, sino que estamos ante una prestación preventiva que busca evitar la materialización del riesgo en daño, preservando así la salud de la trabajadora y del feto o del recién nacido. Esto explica, desde una lógica estrictamente de Seguridad Social, que la prestación de riesgo durante el embarazo pueda resultar difícil de comprender ya que presenta elementos más próximos al ámbito de la prevención de riesgos laborales, que al propio de Seguridad Social, lo que inevitablemente ha llevado a considerarla una contingencia profesional (con la modificación operada en la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres).



⁹ Así se ha determinado en la jurisprudencia de suplicación: STSJ Cataluña de 18 de noviembre de 2004 (R°. 8329/2003); STSJ de Castilla y León de 29 de noviembre de 2006 (R°. 1739/2006); STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 2010 (R°. 8214/2008); STSJ de Galicia de 26 de abril de 2012 (R°. 5773/2010).

2. EL RIESGO COMO REQUISITO PARA EL ACCESO A LAS PRESTACIONES

A) La identificación y determinación del riesgo laboral en el embarazo

No es suficiente el simple acto de la suspensión para que se conceda la prestación de riesgo durante el embarazo (art. 186 y 187 LGSS). Es necesario que se acredite, en primer lugar, que no se cumplieron con las otras medidas preventivas (adaptación y cambio de puesto) y que existe efectivamente un riesgo para la salud de la trabajadora y del niño. Sobre el riesgo para la salud son necesarias dos consideraciones. Por un lado, que el riesgo no puede haberse materializado. Debe producirse una auténtica situación de riesgo cuya actualización se pretende evitar. Si hay una patología ya presente, se ha actualizado el riesgo, y el daño ya se ha generado, entonces la situación protegida es distinta, por lo que el Sistema de Seguridad Social responde con la prestación de incapacidad temporal, si se cumplen los requisitos. Por otro lado, será necesario determinar si es necesario que concurren riesgos específicos o simplemente con los riesgos genéricos ya se genera la situación protegida.

En relación con el tipo de riesgos que tienen que existir para que se considere la situación a proteger, es imprescindible traer a colación la jurisprudencia que se ha generado en torno a esta cuestión, ya que las normas reguladoras de la prestación nada establecen a estos efectos. Trabajar durante el embarazo no es un riesgo para la salud, sólo por el hecho mismo del trabajo. Pero además, hay que diferenciar la existencia de un embarazo de riesgo, de un riesgo durante el embarazo. Un embarazo de riesgo se puede deber a cualquier factor o elemento externo al trabajo, de forma que cualquier riesgo genérico se puede materializar y provocar un daño en la mujer o en niño. Situación que se protegerá a través de la prestación de incapacidad temporal. Cuestión diferente es que se trate de un riesgo específico o laboral que se da cuando un determinado puesto o actividad se convierte en riesgo para el embarazo, en cuyo caso se produce una clara conexión entre el estado de embarazo y el puesto de trabajo. La doctrina judicial viene exigiendo la existencia de un riesgo específico para que se deba dispensar la protección y especialmente en relación con la protección dada a través de la prestación de riesgo durante el embarazo. Así, el riesgo específico se produce cuando un determinado agente, o producto, o condición laboral puede repercutir negativamente en el embarazo de la trabajadora (STSJ País Vasco de 11 de marzo de 2014 (R°. 336/2014); STSJ de Andalucía de 28 de junio de 2017 (R°. 500/2017); STSJ de Navarra de 18 de octubre de 2012 (R°. 318/2012) STSJ Galicia de 30 de noviembre de 2009 R°. (2492/2006); STSJ Murcia de 16 de marzo de 2009 (R°. 153/2009) y STSJ Murcia de 16 de marzo de 2009 (R°. 151/2009), incluyendo las ocasiones en las que el riesgo propio o intrínseco del embarazo se pueda ver acrecentado o activado con la prestación de servicios (STSJ Cataluña de 1 de junio de 2004 (R°. 2219/2003); STSJ Murcia de 27 de octubre de 2008 (R°. 825/2008). A estos efectos resulta necesario acudir al RD 298/2009, de 6 de marzo, que establece unos listados (abiertos) de agentes y procedimientos y condiciones que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia o del feto o el niño, así como algunos a los cuales no podrá haber riesgo de exposición. No obstante, puede haber otros riesgos que no se recojan en los listados respecto de los que también se puede generar una situación de riesgo durante el embarazo o lactancia.

Para la determinación de la especificidad del riesgo resulta muy interesante traer a colación dos sentencias relativamente recientes. Por un lado, la STSJ de Islas Canarias de 29 de abril de 2016 (R°. 121/2016), en la que la trabajadora, dependienta, había sido sometida a un tratamiento de fecundación in vitro por esterilidad femenina. Este caso resulta muy interesante, no sólo porque trata el tema desde la perspectiva de la concurrencia de situaciones suspensivas del contrato de trabajo (incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo) y de la prioridad de una sobre otra, sino porque hace una interpretación integradora de la excepción prevista en el art. 31.2 RD 295/2009. Así considera que una situación de embarazo que deriva de ese diagnóstico con tratamiento de fecundación in vitro no puede, en modo alguno, quedar excluido de las prestaciones por riesgo durante el embarazo, pues es claramente un ejemplo paradigmático de la situación de necesidad que se pretende proteger mediante las citadas prestaciones, al derivar directamente por razón del estado

de embarazo de la trabajadora, que nunca se hubiese visto impedida para trabajar de no ser por su estado de gestación. Es evidente que si la trabajadora se ve impedida para la prestación de servicios general, por considerar la situación de riesgo durante el embarazo, una razonable probabilidad de que las condiciones de trabajo pudieran perjudicar la salud de la trabajadora o del feto, con mayor motivo estará impedida para la prestación de sus funciones como dependienta, que exigen deambulación y bipedestación. En definitiva, que en el caso particular de la actora, su embarazo de alto riesgo no puede desvincularse de las condiciones de trabajo de su puesto, para el que también existiría una incompatibilidad por razón de su estado de gestación, ampliando de esta manera el concepto de riesgo específico.

Por otro lado, nos parece muy interesante la STSJ Galicia de 29 de febrero de 2012 (R°.2420/2009). Uno de los problemas que plantea esta sentencia es que considera tanto la Mutua, como el Juez de instancia, que la incapacidad temporal previa de la trabajadora no guarda relación directa con el trabajo, sino con sus circunstancias personales previas (dos abortos), no ajustándose su situación a las Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y la incapacidad temporal durante el embarazo, elaborados por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, que de forma genérica establecen que la interrupción de la actividad laboral de la trabajadora debería haberse producido en unas semanas de gestación muy posteriores a las que se encontraba cuando se inició el periodo de incapacidad temporal; concretamente a partir de las 18 semanas y no la 15, momento en el que lo solicita la trabajadora. Sin embargo, el Tribunal de Suplicación entiende que cuando se dan circunstancias en las que coinciden factores de riesgo clínico y de riesgo profesional, se debe tener en cuenta la situación específica de la trabajadora y no generalizar utilizando un estándar como el referido por la Mutua, las “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y la incapacidad temporal durante el embarazo elaborados por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia”, informe de carácter científico, sin consecuencias legales, que sitúa la posibilidad de riesgo en semanas muy posteriores de gestación a las que cumplía la trabajadora. Como establece el Tribunal, este tipo de informes establecen “pautas generales que no valen para el caso concreto de la actora dados sus antecedentes personales, lo que hacen que deban extremarse y anticiparse en el tiempo las precauciones preventivas (esto es, no levantar pesos, no estar de pie, etc.) de la recurrente pero no sólo como mujer gestante, sino también como trabajadora gestante debiendo la empresa evitarle ese riesgo con mayor anticipación que la genéricamente prevista”.

B) La identificación y determinación del riesgo laboral en la lactancia

Los artículos 188 y 189 LGSS regulan la prestación de riesgo durante la lactancia natural. Preceptos ambos que aparecen tras la aprobación de la LOIHM que es la que viene a introducir tal prestación en nuestro ordenamiento jurídico. El desarrollo reglamentario se encuentra en el Capítulo V del RD 295/2009, de 6 de marzo. El riesgo durante la lactancia natural, se configura como una prestación preventiva, aunque con su correspondiente elemento reparador, en cuanto que se trata de cubrir los salarios que la trabajadora deja de percibir por la suspensión del contrato de trabajo¹⁰.

La suspensión del contrato de trabajo se configura como la situación protegida siempre que se hayan cumplido todos los requisitos que a estos efectos la Ley y jurisprudencia han ido configurando. El artículo 49.2 del RD 295/2009 viene a establecer expresamente qué es lo que no se considera situación protegida, de tal forma que no será riesgo durante la lactancia aquellos supuestos de patologías o riesgos que afectando a la trabajadora y concretamente al niño, no estén relacionados con agentes, procedimientos o condiciones del puesto de trabajo. Cuestión aparentemente sencilla pero que ha sido objeto de abundantes controversias que han derivado en una importante jurisprudencia. A continuación se van a traer a colación los supuestos de hecho que desembocaron en el Tribunal Supremo, que terminó unificando doctrina sobre el tipo de riesgos que deben darse

¹⁰ MORENO SOLANA, A.: “Comentario del art. 188 y 189 LGSS”, VV. AA.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Valladolid, Thomson- Reuters-LexNova, 2016, pp. 906-912.

para considerar que se produce realmente la situación de necesidad y por ende la contingencia profesional.

En el año 2011 aparecen un elenco de sentencias del Tribunal Supremo de unificación de doctrina de fechas de 17 de marzo y de 18 de marzo en las cuales el Tribunal deja claro cuál debe ser la situación protegida y cuál no, y, por tanto, cuándo se está ante una situación de riesgo durante la lactancia y cuándo no (entre otras, las SSTS de 17 de marzo de 2011 (R.º. 1864/2010, RJ 2011\3424), de 18 de marzo de 2011 (R.º. 1863/2010, RJ 2011\3552); de 3 de mayo de 2011 (R.º. 2707/2010, RJ 2011\4500); de 23 de enero de 2012 (R.º. 1706/2011, RJ 2012\2147)). Para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los artículos 188 y 189 LGSS, han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados. Se trata de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque ésta no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto de trabajo compatible con la situación de la lactante; medidas que de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que el INSS tampoco tendría que soportar, al margen de la procedencia, en su caso, del anticipo de la prestación, el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas. Una vez que el Tribunal deja clara cuál es la situación protegida, explica cuándo debe entenderse que se está ante una situación de riesgo durante la lactancia, para lo que diferencia entre riesgos genéricos y riesgos específicos. En este sentido, viene a establecer el Tribunal que los riesgos descritos en la evaluación de riesgos son riesgos evidentes para la salud de todos los trabajadores, pero no se ha demostrado que esos riesgos tienen especial relevancia en relación con la lactancia, por lo que, no siendo así, no puede considerarse razón suficiente para encontrarse en un supuesto de riesgo durante la lactancia. Esta doctrina judicial es aplicada a otros supuestos como el caso de la STSJ de Baleares de 13 de febrero de 2012 (R.º. 786/2011, AS 2012\201) en la que no se concede la prestación a una médico de emergencias que realiza tareas de emergencia con turnos rotatorios expuesta a determinados agentes, por entender que no se dan riesgos especiales, y en cambio la STS de 12 de febrero de 2014 (R.º. 1212/2013, RJ 2014\1338) considera en un caso similar la existencia de riesgos, pero en este caso de enfermera de emergencias, porque su exposición a los riesgos específicos era más clara y no había posibilidad de eliminar esos riesgos, o de que no se produjera, en ese puesto, contacto con los mismos.

Por otro lado, encontramos otro conjunto de sentencias en las que, por el contrario, el TS termina considerando que hay riesgo durante la lactancia en situaciones que van más allá de la existencia estricta de riesgos específicos, de forma que parece que lo que ahora quiere proteger el TS no es sólo a mujer y al niño en los supuestos de riesgo, sino la lactancia en sí misma considerada. Así, la STSJ Valencia de 24 de octubre de 2011 (R.º. 1278/2011, AS 2011\106) no concede la prestación a la trabajadora azafata de vuelos porque parte de la base de que la lactancia no es en sí misma lo que se está protegiendo, sino únicamente los riesgos que para la misma pueda tener la exposición a determinados riesgos que se convierten en específicos. Por ello, quedaría fuera de toda protección la situación en la que las condiciones de trabajo (turnos u otras condiciones de trabajo) impiden la lactancia. Se trata de una resolución basada en la doctrina que había establecido el TS en las sentencias mencionadas¹¹. Sin embargo, cuando la cuestión llega al TS, por el recurso interpuesto por otra trabajadora azafata a la STSJ Madrid de 30 de diciembre de 2010 (R.º. 4817/2010, JUR 2011\149919), su argumentación da un «giro de tuerca» más. Así la STS de 24 de abril de 2012 (R.º. 818/2011, RJ 2012\5116) reconoce el derecho de la actora a la prestación de riesgo durante la

¹¹ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: *La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia*, Aranzadi Social, núm. 11, 2012

lactancia, aludiendo al riesgo que supone para la lactancia el hecho de que la trabajadora siga desempeñando su trabajo con el sistema de turnos que tiene, así como la imposibilidad de extracción y conservación de la leche materna en un lugar adecuado. Por ello, se dice que el TS parece que no se limita a evitar riesgos para la salud del lactante, sino a favorecer el mantenimiento de la lactancia natural¹². En este mismo sentido, se han dictado algunas otras sentencias como la STS de 22 de noviembre de 2012 (R^o. 1298/2011, RJ 2013\355)¹³.

Ahora bien, qué ha ido sucediendo tras estos pronunciamientos judiciales. La realidad es que se puede encontrar un poco de todo, porque la casuística no permite aplicar a todos los casos criterios generales. Pero el TS en alguna sentencia posterior ha querido aclarar las decisiones tomadas. En la STS de 21 de marzo de 2013 (R^o. 1563/2012, RJ 2013\3825) se deniega la prestación a una trabajadora ATS del servicio de urgencias en el cual realiza su trabajo en turnos rotatorios en los que se incluye el turno de noche. El Tribunal establece que el puesto tiene riesgos genéricos por lo que no hay una verdadera especificación respecto a esos riesgos. Por lo que se refiere a la alegación de circunstancias de trabajo a turnos y en jornada nocturna, sólo podría apreciarse el riesgo cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los períodos regulares de alimentación del lactante, siempre que la incompatibilidad de la toma directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche, y ello teniendo en cuenta las particulares circunstancias del lugar en que se desarrolle la prestación de servicios y ello impida la extracción de leche y su conservación (como ocurría en el caso de tripulantes de cabina de aviones)¹⁴. Por su parte, y teniendo en cuenta esta cuestión, se concede en la STSJ País Vasco de 29 de abril de 2014 (R^o. 605/2014, JUR 2014\184616) la prestación a una técnico de transporte sanitario auxiliar por el riesgo que supone para la lactancia el desarrollo de su jornada en turno de noche. En el mismo sentido, pero ahondando un poco más en la posibilidad de extracción de leche y conservación se manifiesta la STS País Vasco de 29 de abril de 2014 (R^o. 603/2014, JUR 2014\185581) que establece que deben considerarse las concretas circunstancias en las que se desarrolla el trabajo de la mujer y la duración de los turnos. En virtud de ello se podrá afirmar o no que quepa tal sistema alternativo, pues aunque se pudiera considerar la posibilidad de congelación de la leche (no cabría otra, dada la duración de la jornada nocturna) debiera valorarse con la propia posibilidad de generación suficiente de la madre para optar por tal posibilidad, así como el sistema de refrigeración de la misma en el puesto de trabajo¹⁵.

Hay que tener en cuenta que los riesgos que dan lugar a situaciones de riesgos durante el embarazo no tienen por qué ser los mismos que los riesgos que dan lugar a situaciones de riesgo durante la lactancia. Por ello, no es automático el hecho de que una trabajadora que ha estado en situación de riesgo durante el embarazo, vaya a estar en una situación de riesgo durante la lactancia. De aquí la importancia que hay que conceder a las guías del INSHT y a los estudios realizados en relación con este tema. Aunque no se trata de documentos vinculantes ni para el Tribunal ni para los profesionales responsables de la valoración del riesgo, sin embargo, son habitualmente usados a estos efectos (STSJ Murcia de 1 de diciembre de 2008 (R^o. 926/2008, AS 2008\103576); STSJ Andalucía de 8 de septiembre de 2009 (AS 2009, 471601))¹⁶. Lo que estas guías hacen es analizar los distintos riesgos a los que la mujer embarazada o lactante puede encontrarse sometida y efectúa

¹² BARCELÓN COBEDO, S.: *La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia*, Aranzadi Social, núm. 5, 2012; ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., y PLAZA ANGULO, J. J.: *Sobre el reconocimiento del derecho a la protección por riesgo durante la lactancia natural*, Temas Laborales, núm. 111, 2011, pp. 200-203; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Riesgo específico y Suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia*, Temas Laborales, núm. 116, 2012, pp. 153-167.

¹³ En el mismo sentido, la STS de 21 de junio de 2012 (R^o. 2361/2011, RJ 2012\8964); STSJ Cataluña de 28 de marzo de 2013 (R^o. 195/2013, AS 2013\1580); STSJ de Navarra de 19 de diciembre de 2013 (R^o. 306/2013, AS 2014\519).

¹⁴ En el mismo sentido la STS de 12 de febrero de 2014 (R^o. 1212/2013, RJ 2014\1338), y la STSJ de Madrid de 16 de junio de 2017 (R^o. 334/2017, JUR 2017\208882).

¹⁵ En este mismo sentido a favor de reconocer la situación de riesgo durante la lactancia: STSJ de Andalucía de 22 de marzo de 2012 (R^o. 1852/2011, AS 2013\2229); STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2014 (R^o. 674/2012, JUR 2014\210194).

¹⁶ RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia natural*. Doctrina Judicial, Economía Española y Protección Social, núm. III, 2011.

recomendaciones sobre si debe realizarse el trabajo, en qué circunstancias y en qué momento debería interrumpirse¹⁷.

III. EL JUEGO DE LAS PRESTACIONES DE RIESGO CON OTRAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y CON LOS PERMISOS Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN

1. EL TRÁNSITO ENTRE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

Los requisitos para el acceso a la prestación de riesgo durante el embarazo son los mismos que para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Se exige afiliación y alta de la trabajador considerando no aplicables las situaciones asimiladas al alta, puesto que no encontrarían encaje en un supuesto en el que el carácter profesional de la contingencia exige que la persona este trabajando. Y aquí viene el problema que se nos plantea, que no es, ni más ni menos, que saber si podemos entender una cierta flexibilidad en el requisito del alta, teniendo en cuenta que muchas de las trabajadoras declaradas en suspensión por incapacidad temporal pueden ver reconocido su derecho a la prestación de riesgo durante el embarazo, bien porque debió ser la situación que se reconociese desde el principio, bien porque puede pasar a esa situación en un momento posterior dependiendo de cada trabajadora y los riesgos derivados de las funciones que desempeña en su puesto de trabajo.

El art. 37 del RD 295/2009 viene a establecer, en relación con la incapacidad temporal, la imposibilidad de que ambas prestaciones se superpongan de tal forma que, si una trabajadora es beneficiaria de una prestación de incapacidad temporal, sólo podrá solicitar un riesgo durante el embarazo cuando se extinga la incapacidad temporal por algunos de los motivos o causas de extinción, y viceversa exactamente igual. Por tanto, deben concurrir alguna de las causas de extinción de la prestación que esté recibiendo la trabajadora y posteriormente debe concurrir la situación de necesidad que origina la otra. Así, una trabajadora que percibe una prestación de IT porque tiene una alteración de la salud que le imposibilita trabajar y para lo que recibe asistencia sanitaria, pasará a una situación de riesgo durante el embarazo cuando se haya extinguido la IT (normalmente por alta médica por curación o mejoría) si el puesto de trabajo genera un riesgo específico para la salud de la trabajadora o el niño. O al revés, una trabajadora que estuviera percibiendo una prestación de riesgo, ésta puede quedar extinguida cuando desaparezca el riesgo, lo que no significa que no se produzca alguna causa que pueda dar lugar a la IT (y siempre que se cumplan los requisitos para tener derecho a la misma).

Ahora bien, el problema se produce cuando se utiliza la prestación de IT para apartar a la trabajadora del puesto, ya sea sólo porque hay un riesgo en el trabajo y no se realiza el proceso preventivo o se deniega su existencia, ya sea cuando, además del riesgo laboral, hay circunstancias que llevarían a la trabajadora inevitablemente a una situación de IT (por ejemplo, en los casos de embarazo con riesgo de aborto). En este sentido, resulta muy interesante la STSJ Galicia de 29 de febrero de 2012 (R°.2420/2009). En este caso, la trabajadora era dependiente de unos grandes almacenes siendo declarada en situación de incapacidad temporal (IT) derivada contingencias comunes por parte la Mutua con la que la empresa tiene concertada la cobertura de las contingencias

¹⁷ Algunas de las guías que pueden encontrarse: «Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y de la incapacidad temporal durante el embarazo», elaborada por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO); «Protocolo de Valoración de los riesgos profesionales a los efectos de la prestación de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia», realizada por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales (AMAT); «Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural», confeccionada por el INSS y la Asociación Española de Pediatría; «Guía de Valoración de riesgos laborales en el embarazo y lactancia en trabajadora en el ámbito sanitario», elaborada por el Instituto Carlos III y Asociación Nacional de Medicina del trabajo en el Ámbito Sanitario; «Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo» elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT).

profesionales, debido a una amenaza de aborto, situación que se extiende siete meses, hasta el día en que es dada de alta, iniciando el día siguiente, el permiso de maternidad. La empresa había emitido declaración sobre la situación de riesgo durante el embarazo dos días más tarde de la baja por IT, por considerar que las tareas que realizaba la trabajadora no eran compatibles con su estado de salud y por no existir otro puesto compatible que pudiera desempeñar. Sin embargo, pocos días después de la declaración de IT, la solicitud instada por la trabajadora ante la Mutua para el reconocimiento de la prestación de riesgo durante el embarazo es denegada previo informe de sus servicios médicos. En este caso se plantea un problema, que en esta parte del estudio interesa, y es que se considera que en el momento en que la empresa emite la declaración de suspensión del contrato de trabajo por situación de riesgo durante el embarazo, la trabajadora ya había sido declarada por la Mutua en incapacidad temporal por enfermedad común, por lo que su contrato ya estaba en suspenso por otra causa distinta ex art. 45 c) ET. Ahora bien, el Tribunal viene a completar, en cierto modo, la regulación del art. 37.1 y 2 del RD 295/2009 cuando establece que no cabe invocar como causa genérica de denegación de la prestación de riesgo, la previa situación de baja de la trabajadora por contingencias comunes, pues esté en activo o de baja por incapacidad temporal, siempre que la actividad laboral constituya o haya constituido un riesgo para la salud de la madre o del feto, se habrá generado el derecho a esta prestación¹⁸. A la misma conclusión llega la STSJ de Asturias de 8 de enero de 2010 (R.º 2670/2009). En esta última, el Tribunal entiende que no cabe invocar como causa genérica de denegación de la prestación de riesgo reclamada, la previa situación de baja de la trabajadora por contingencias comunes, pues esté en activo o de baja por incapacidad temporal, siempre que la actividad laboral constituya o haya constituido un riesgo para la salud de la madre o del feto se habrá generado el derecho a esta prestación. Por tanto, la trabajadora presentaba un riesgo durante el embarazo, pues la amenaza de aborto que se le diagnostica, resulta incompatible con el trabajo de oficial de peluquería realizado por aquella, el cual precisa de bipedestación durante toda la jornada de trabajo, no existiendo adaptación posible o puesto de trabajo alternativo que pueda ocupar la trabajadora. Que la baja se le haya producido por enfermedad común y se encontrase en tal situación cuando solicita la prestación no es argumento suficiente para denegarla a la vista del diagnóstico y el riesgo, que según los informes aportados, el trabajo desempeñado suponía para el feto y para la actora.

En ambos supuestos, sería suficiente para considerar el riesgo durante el embarazo una razonable probabilidad de que las condiciones de trabajo pudieran perjudicar la salud de la trabajadora en el caso de que estuviese trabajando, debiendo valorar a estos efectos sus específicas circunstancias: las derivadas de su puesto de trabajo conectándolas con las características subjetivas de la concreta trabajadora y no de una embarazada en abstracto¹⁹. Así pues, lo relevante no será la concurrencia de situaciones suspensivas sin más, sino que la cuestión se centra en la posibilidad o no de revisar la contingencia reconocida. el carácter preventivo de la contingencia debe eliminar las dudas que pueden surgir en torno al momento en el que debe proceder su reconocimiento: éste se entendería cuando la trabajadora en estado de gestación, en disposición de trabajar, estuviese expuesta a los riesgos para su salud y no existe otro modo de protección posible frente a éstos que apartarla del desempeño de su puesto de trabajo. Es por ello que el Tribunal considera que aun bajo la vigencia del art. 37 RD 295/2009 nada impide discutir la contingencia de la incapacidad temporal por lo que se esta reconociendo la posibilidad de revisar la situación declarada. La normativa y la jurisprudencia se dirigen a evitar que se superpongan situaciones que tienen su base en causas distintas, pero no situaciones que tienen su base en la misma causa, es decir, en la existencia de un riesgo laboral específico y que por tanto, debieran llevar a un única solución cual es el

¹⁸ Lo mismo se ha entendido en la STSJ de Islas Canarias de 29 de abril de 2016 (R.º 121/2016); en la STSJ de Cantabria de 18 de diciembre de 2015 (R.º 781/2014); y en la STSJ de Galicia de 26 de abril de 2012 (R.º 5773/2010), respecto de la misma situación pero en el caso de una trabajadora por cuenta propia.

¹⁹ MELLA MÉNDEZ, L.: *Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Aranzadi Social núm. 21, 2000. En similares términos se pronuncia GORELLI FERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *El riesgo durante el embarazo como objeto de protección por el sistema de Seguridad Social*, Justicia Social. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2002.

reconocimiento de la prestación de riesgo durante el embarazo²⁰, y todo ello, sin que haya problema en hacerlo desde la situación previa suspensiva de incapacidad temporal por contingencias comunes; algo que parece del todo lógico, ya que no tendría sentido hacer que la trabajadora en situación de riesgo tuviese que incorporarse a su puesto de trabajo para valorar el riesgo y entonces proceder a una nueva suspensión del contrato de trabajo.

2. PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO, MATERNIDAD, Y PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE LA LACTANCIA

Tanto las situaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural o mixta, como una parte de la maternidad (solo las 6 primeras semanas tras el parto), están indisolublemente unidas al hecho biológico de la mujer en su condición de madre. Se trata de medidas que persiguen la finalidad legítima de proteger la condición biológica de la mujer con motivo de su embarazo y después del mismo, y proteger, las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto²¹. Así pues, se trata de preservar la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo durante el embarazo, o tras el alumbramiento, puede ser perjudicial para su completa recuperación, pero haciendo compatible esa protección con la conservación de sus derechos profesionales²².

Sin embargo, se plantea un problema con la maternidad compartida, cuando se ejercita la opción de la madre de ceder al otro progenitor parte de la misma (de las 10 semanas que le siguen al periodo indisponible por la trabajadora²³), y la situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia. El problema nace porque en esta situación se elimina el derecho de la trabajadora a compartir su maternidad. En relación con la suspensión por maternidad disfrutada por el otro progenitor regulado en el actual art. 48.4 ET y la compatibilidad o no con la prestación de riesgo durante la lactancia natural, la solución se ha dado por la propia norma. Así pues, si al reincorporarse la madre a su puesto de trabajo, se determina el riesgo durante la lactancia y éste dé lugar a la suspensión del contrato de trabajo, decaerá el derecho de la trabajadora a la cesión de la maternidad. En estos casos el art. 9.3, *in fine* del RD 295/2009 ha establecido la anulación de la opción ejercitada por la madre a favor del otro progenitor debiendo entonces reanudar la madre la prestación de maternidad hasta que ésta finalice dando comienzo entonces la de riesgo durante la lactancia.

Podríamos plantearnos aquí si el legislador se ha extralimitado con la regulación de esta cuestión en el RD 295/2009. Parece que por aplicación de la doctrina del TC, no podemos entender que se haya producido ninguna extralimitación. En su STC 197/2003, de 30 de octubre, nos recuerda que el artículo 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento.

Nos podríamos preguntar, por otro lado, si la imposibilidad de disfrutar de la maternidad compartida genera una situación discriminatoria para el otro progenitor. De nuevo, siguiendo la

²⁰ RODRÍGUEZ SANTOS, E.: *Riesgo durante el embarazo e Incapacidad temporal en los supuestos de embarazo de alto riesgo*, Aranzadi Social, núm. 8, 2012.

²¹ STJUE de 12 de julio de 1984, (Asunto 184/83, Caso Hofmann).

²² STJUE de 30 de abril de 1998 (Caso Thibault), de 27 de octubre de 1998 (Caso Boyle y otros) 18 de marzo de 2004 (Caso Merino Gómez) etc.

²³ Y que pese a seguir vinculadas al hecho biológico, la finalidad debe ser diferente: la corresponsabilidad, es decir, el cuidado de los hijos de manera compartida por ambos progenitores.

doctrina del TC en su STC 75/2011, de 19 de mayo, no puede, pues, afirmarse genéricamente que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma (como podría al contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por razón del sexo). Y al contrario, la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo; y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo, sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados²⁴.

Sin embargo, en este caso nos encontramos con una situación peculiar: las prestaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo se producen por situaciones de necesidad completamente diferentes, siendo las causas que las generan distintas, por un lado, y, por otro, se anula una opción que la norma ofrece a las familias por un problema que se ubica dentro de la empresa, ya que son los riesgos laborales del puesto de la trabajadora y la imposibilidad de adoptar otras medidas preventivas las que generan esta situación, recayendo indirectamente el coste de la prevención sobre la trabajadora y sobre el otro progenitor. A estos efectos, no olvidemos dos cosas. La primera, que el tiempo de suspensión del contrato cedido al otro progenitor tiene por finalidad el cuidado del menor, y la suspensión por riesgo durante la lactancia tiene por finalidad la prevención de determinados riesgos laborales que pueden perjudicar al menor a través de la leche materna, uniendo esta condición al hecho biológico; y la segunda, que la jurisprudencia ha mantenido que no se puede ceder un derecho que no se tiene, pero en este caso se tiene, y la trabajadora tiene derecho a disponer de él como crea conveniente, sin que la situación derivada de los riesgos laborales deba afectarla.

3. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS PRESTACIONES DE RIESGO Y LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LA TRABAJADORA

El artículo 37.3 RD 295/2009 regula sin ambigüedades qué es lo que sucedería si a la trabajadora que está percibiendo la prestación de riesgo se la extingue el contrato de trabajo. La norma ha venido a establecer que cuando el contrato se extingue por alguna de las causas que establece el artículo 267.1 LGSS y que dan lugar a una situación legal de desempleo, se procederá a extinguir la prestación de riesgo y se pasará a percibir el subsidio de desempleo. En este sentido hay que tener en cuenta que la trabajadora pasará a situación legal de desempleo siempre que concurran en ella los requisitos exigibles para tener derecho al desempleo contributivo o, en su caso, al subsidio asistencial.

Resulta curioso cuanto menos, que siendo el riesgo durante el embarazo y durante la lactancia unas prestaciones que tienen su base en las contingencias profesionales, algo que ha llevado al legislador a regular muchos de sus extremos como prestaciones de incapacidad temporal por contingencias profesionales, sin embargo, en relación con el tratamiento del tránsito al desempleo, esta equiparación no se haya producido. Así pues, cuando un trabajador se encuentra en situación de IT derivada de contingencias profesionales, si durante la misma se extingue su contrato de trabajo, seguirá percibiendo la prestación por IT, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que finalice dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir la correspondiente prestación por desempleo si reúne los requisitos necesarios. En este caso, además, no procede descontar del período de percepción de la misma el tiempo que hubiera permanecido en situación de IT tras la extinción del contrato o el subsidio por desempleo. Sin embargo, cuando estamos ante un riesgo durante el embarazo o durante la lactancia, se producirá la extinción de la correspondiente prestación y la trabajadora comenzará a percibir, si tuviera derecho a ello, el correspondiente desempleo.

Parece que el fundamento que lleva al legislador a aprobar esta norma, es que, extinguido el contrato de trabajo, desaparece la situación protegida y, por tanto, la contingencia, a diferencia de la IT por contingencias profesionales, ya que habiendo ocurrido un AT o una EP la persona en situación de IT seguirá necesitando de la asistencia sanitaria hasta el alta por curación, o hasta que

²⁴ STC 152/2011, de 29 de septiembre; STSJ de Madrid de 30 de junio de 2017 (R°. 423/2017)

haya una propuesta de incapacidad permanente. Ello se entiende por el hecho de que la situación de riesgo durante el embarazo, pese a ser considerada contingencia profesional, no se trata de un AT o EP y, por tanto, de una situación que hay que reparar, sino que se trata de una situación preventiva, en la cual, eliminando el riesgo (sea de la manera que sea, incluida la extinción) se elimina el hecho causante, y por tanto, el derecho a la prestación.

Cuestión diferente es que se trate de un despido nulo o un despido improcedente con readmisión. En estos casos, una vez que se ha declarado que la trabajadora debería haber continuado en su puesto de trabajo, de forma que hubiera persistido el riesgo y se hubiera seguido siendo beneficiaria de la prestación. En este caso, sí, pese a la extinción, la trabajadora tendrá derecho a que se le ingrese la cantidad que hubiera dejado de recibir (siempre que se hubieran cumplido el resto de los requisitos). Así se recoge en la STSJ Cataluña de 3 de junio de 2010 (R.º 892/2009) y en el con el que finaliza el caso, del TS de 2 de marzo de 2011 (R.º UD 3006/2010).

4. LA PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE LA LACTANCIA Y EL PERMISO DE LACTANCIA, EXCEDENCIAS Y VACACIONES

A) Riesgo durante la Lactancia y Permiso de Lactancia

Lo primero que debemos hacer antes de entrar en la problemática concreta es recordar la diferencia que hay entre el riesgo durante la lactancia y el permiso de lactancia. El riesgo durante la lactancia es una prestación que se puede conceder cuando a la trabajadora se le suspende su contrato de trabajo siempre que se identifiquen riesgos que pueden afectar a la lactancia materna (natural o mixta) y por tanto, a la salud del recién nacido, hasta que éste tiene 9 meses. Su regulación, como ya hemos repetido en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, se encuentra en el art. 26 LPRL y Anexo VII y VIII del RSP, en el art. 45.1 e ET, en el art. 188 y 189 LGSS y en el RD 295/2009. Por su parte, el permiso de lactancia, regulado en el art. 37.4 ET, es un derecho de los trabajadores a disfrutar de un tiempo (acumulado o no) cuyo objetivo es el cuidado del hijo menor de 9 meses, o 12 para el caso de los trabajadores empleados públicos (art. 48.f) RD 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), para la lactancia natural o artificial, indistintamente.

Una vez diferenciadas las dos situaciones, hay que tener en cuenta que ambas pueden concurrir al mismo tiempo, es decir, el empresario puede estar en la obligación de suspender el contrato de trabajo de la trabajadora cuando se produce un riesgo para la lactancia y no se pueden cumplir con el resto de medidas preventivas, y a su vez, cuando se tiene un hijo nace el derecho de los padres al permiso por lactancia. Ante tal situación, las trabajadoras que se encuentran en situación de riesgo durante la lactancia y que tienen reconocida una prestación, no podrán ejercer su derecho al permiso de lactancia (salvo a aquellas a las que se les aplica el Estatuto básico del Empleado Público, que pueden ejercer su derecho hasta que el menor tenga 12 meses), ya que el tiempo para la solicitud del permiso se puede solicitar hasta que el recién nacido tiene 9 meses, y el riesgo durante la lactancia durará como máximo hasta que el hijo tenga, también, 9 meses (salvo que desapareciera antes de ese momento el riesgo o riesgos del puesto de trabajo que hacen necesario que se aparte a la trabajadora del mismo).

Ante tal situación nos tenemos que plantear si, estando una trabajadora en situación de riesgo durante la lactancia, el otro progenitor puede solicitar el permiso de lactancia, es decir, si puede o no disfrutar del permiso de lactancia aunque la madre no trabaje. Ya anticipamos que la respuesta no es clara, aunque nosotros hemos encontrado varios argumentos a favor de una postura favorable a entender posible el permiso de lactancia del otro progenitor aunque la madre tenga suspendido el contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia.

El permiso de lactancia está configurado con un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres. Pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen. Aquí el problema radica en que no se sabe bien que es lo que ha querido decir el legislador con esa

redacción. No se si han querido establecer que ambos progenitores tienen derecho, pero que en caso de que ambos trabajen, solo uno tendrá derecho a su disfrute, de forma que si solo trabaja uno, ese es el que tendrá derecho a tal permiso; o si es un requisito indispensable para poder disfrutar del permiso que ambos progenitores trabajen, de forma que si uno de los dos no trabaja, el otro no podrá hacer uso del permiso²⁵. La resolución vía jurisprudencial no es sencilla, y es que podemos encontrar sentencias completamente contradictorias que ante casos prácticamente iguales, resuelven la cuestión de manera completamente diferente.

Por un lado, encontramos, por poner un ejemplo, la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2015 (Rº. 425/2015), que estima el recurso de duplicación interpuesto por un trabajador al que le es denegado el permiso de lactancia por su empresa y cuya causa fue que la madre no trabajaba. El Tribunal considera que la lactancia como permiso es un permiso desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural, y por tanto debe considerarse como un tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral que debe contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, tras el disfrute de maternidad, por lo que sería perfectamente posible que el padre disfrutara de dicho permiso aunque la madre no trabajara. El Tribunal con base en la resolución de la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (Asunto C-104/09, Caso Roca Álvarez) y la STC de 75/2011, de 19 de mayo²⁶. En ambas se recuerda que una norma que impidiera disfrutar al otro progenitor del permiso aunque la madre no trabaje constituye una diferencia de trato por razón de sexo contraria a la Directiva 76/207/CEE, y a la Directiva 2006/54/CE que la sustituye, por estimar que, al haberse desvinculado el referido permiso del hecho biológico de la lactancia natural, no puede entenderse que este permiso asegure la protección biológica de la mujer ni proteger las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto²⁷.

La Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona de 13 de octubre de 2016 (Procedimiento núm. 986/2016) amplía la argumentación en base a la STJUE de 16 de julio de 2015 (Asunto C-222/2014, caso Konstantinos) que analizó los permisos parentales no sólo desde la perspectiva del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, regulada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 (que sustituyó a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, aplicada en la anterior sentencia del TJUE mencionada). Sino también, estudiando el propio contenido y contexto del permiso parental según el acuerdo marco revisado, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, aplicado por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010. Y en su párrafo 41 afirma: “Por consiguiente, tanto del tenor del Acuerdo marco como de sus objetivos y de su contexto se desprende que cada uno de los progenitores tiene derecho a un permiso parental, lo que implica que los Estados miembros no pueden adoptar una normativa en virtud de la cual se prive a un funcionario que sea parte del derecho a tal permiso en el supuesto de que su esposa no ejerza una actividad laboral o profesional”. Y aunque se refiere al permiso parental que en nuestro ordenamiento jurídico se denomina maternidad, sus argumentos podrían ser aplicados al permiso de lactancia al responder en la actualidad, una vez desligado del hecho biológico del amamantamiento, a una misma finalidad. Además, que la inactividad de uno de los progenitores garantice una protección suficiente de los hijos no debería ser obstáculo para propiciar la protección óptima derivada de los permisos legales o convencionalmente previstos, siendo muy positivo fomentar que ambos progenitores, no solo el que no trabaje, se impliquen en el cuidado de los hijos comunes. Por tanto, la finalidad de la

²⁵ Estas cuestiones han sido tratadas también por la doctrina. IGARTÚA MIRÓ, M. T.: *Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer*, Temas Laborales, núm. 91, 2007 pp. 281-282; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*, Relaciones Laborales, núm. 8, 2007, pp. 87.

²⁶ Bien es cierto que la STC se centra en el reconocimiento del permiso de lactancia al padre aunque la madre desempeñe una actividad profesional que no de lugar a su inclusión obligatoria en un régimen de la seguridad social, pero no hace referencia a que la trabajadora no trabaje.

²⁷ En el mismo sentido, la STSJ de País Vasco de 20 de diciembre de 2011 (Rº. 2616/2011)

norma del permiso de lactancia es el fomento de la llamada corresponsabilidad, esto es, que el cuidado de los hijos sea una función compartida por ambos progenitores²⁸.

Por si quedaba alguna duda, y en la línea de apoyar los argumentos de esta doctrina jurisprudencial, encontramos también el Acuerdo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 19 de julio de 2013, por el que se aprueban los criterios de interpretación del artículo 48.f) del Estatuto Básico del Empleado Público, entendiéndose que el permiso podrá ser disfrutado por el funcionario o la funcionaria o por el personal laboral de las administraciones públicas por uno de los cónyuges aunque el otro no trabaje, y solo quedará limitado a uno de los dos, en caso de que ambos trabajen.

Por el contrario, en la STSJ de Andalucía, de 19 de enero de 2017 (R°. 3139/2016) se sostiene que no procede acceder a la concesión del permiso de lactancia que se solicita por el progenitor que trabaja porque lo que subyace en el permiso de lactancia es la protección del menor y no solo la lactancia como inicialmente se concibió, para facilitar el amamantamiento del bebé por parte de la madre. Es decir, que se ha ampliado tal derecho a necesidades de toda índole durante los primeros meses de vida, para su cuidado, ampliándose pues el citado derecho al padre, cuando ambos son trabajadores por cuenta propia o ajena, como medida conciliadora de la vida laboral y familiar, evitando toda discriminación, de modo que, el derecho de que se trata solo es protegible cuando ambos progenitores trabajan hasta el punto de que si uno de ellos lo disfruta, el otro no tiene derecho a ese disfrute, luego no es ampliable al supuesto en que solo trabaje uno de ellos por cuenta ajena o propia, de modo que si la madre no trabaja, no procede el citado reconocimiento, ya que el cuidado del menor está garantizado, no siendo discriminatoria la denegación, pues en caso contrario supondría primar la situación de desempleo de uno de los progenitores, ya que en este caso ambos cuidarían del menor, cuando la norma tiene como finalidad garantizar que al menos uno de ellos atienda al menor en los primeros meses de vida, lo que nos conduce a la estimación del recurso de suplicación interpuesto y a la revocación de la sentencia de instancia, desestimando íntegramente la demanda interpuesta en este procedimiento²⁹.

Pues bien llegados a este punto, y a la espera de una Sentencia del Tribunal Supremo que unifique doctrina, o de una reforma normativa operada por el legislador, debemos posicionarnos a favor de una u otra doctrina, desde la perspectiva de su aplicación a nuestro supuesto, es decir, a si se puede disfrutar el permiso de lactancia el otro progenitor cuando la madre esta en una situación de riesgo durante la lactancia. Aquí la situación es algo diferente, ya que la madre no es que no trabaje, es que no puede trabajar porque los riesgos de su puesto afectan a la lactancia. Así pues, desvinculado el permiso de lactancia del hecho biológico de la lactancia en sí mismo, tal y como ha quedado claro de la jurisprudencia tanto del TJUE como de nuestros Tribunales nacionales, y vinculado a una situación de corresponsabilidad en el cuidado del menor, no puede ser un argumento que la lactancia es natural en estos casos y que sólo la puede realizar la madre, eliminando la opción del permiso a favor del padre. Pero no sólo esto. En estos casos la trabajadora no trabaja, como hemos dicho, porque no puede hacerlo, porque la empresa esta obligada a cumplir con sus obligaciones preventivas entre las que se encuentra el apartarla de su puesto de trabajo cuando existen riesgos específicos que perjudican la salud de la madre o del niño. En otras circunstancias, la trabajadora podría volver a su trabajo y solicitar el permiso de lactancia, o que sea el otro progenitor el que lo haga, quedando a la libre voluntad de ambos quien lo va a disfrutar. Por tanto, si no se permite que el otro progenitor solicite su permiso de lactancia porque la madre esta en situación de riesgo, no se les permite a ninguno de los dos ejercer su derecho al permiso, haciendo cargar, en definitiva, con el coste de la prevención a la trabajadora.

Por todas estas razones, por los argumentos de la STSJ de Madrid y de los Juzgados de lo Social, y porque en el ámbito de la administración pública la interpretación ha sido favorable a que se pueda

²⁸ Así lo recoge también la Sentencia del Juzgado de lo Social de León de 18 de mayo de 2016 (Procedimiento núm. 1040/2015).

²⁹ Así se establece también en la STSJ de Andalucía de 5 de noviembre de 2015 (R°. 1634/2015) y de 1 de julio de 2015 (R°. 963/2015).

disfrutar el permiso aunque uno de los dos progenitores no trabaje, creemos que esta opción es mucho más adecuada máxime si se tiene en cuenta la razón por la que la trabajadora se encuentra en una situación de riesgo durante la lactancia, siendo por tanto, perfectamente compatible la prestación de riesgo con el permiso de lactancia disfrutado por el otro progenitor. Pero a todas estas razones, debemos añadir una última, y que se encuentra en la propia normativa en el art. 48.4 ET, cuando se refiere al derecho de otro progenitor a suspender el contrato de trabajo por maternidad cuando la madre no tuviera derecho a hacerlo, bien porque no se ha generado tal derecho, bien porque no trabaje. Así pues, si el legislador desde el 2007 viene considerando tal opción como válida (aunque nos encontremos en el terreno de las prestaciones de seguridad social y no en los permisos que corren a cargo de la empresa), por qué no considerar la misma lógica, en el caso de que uno no trabaje y el otro quiera ejercer su derecho al permiso de lactancia.

B) Riesgo durante la Lactancia y Excedencias y Vacaciones

Por lo que se refiere a las excedencias por cuidado de hijos resulta incompatible el riesgo durante la lactancia con las mismas. Así nos lo recuerda la STSJ de Murcia de 2 de abril de 2012 (Rº. 612/2011), que establece que no puede sostenerse la existencia efectiva de riesgo alguno para la lactancia materna, no pudiéndose solicitar la excedencia y, al mismo tiempo, prestación por riesgo durante lactancia. Por último, en relación con el disfrute de las vacaciones cuando se produce la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia, simplemente hay que acudir al art. 38.3, primer párrafo ET³⁰, que aunque desde nuestro punto de vista ha sido desafortunado en la utilización de los términos, ya que habla de incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, es evidente que se refiere no sólo a la coincidencia con el periodo de maternidad, y las situaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes durante el periodo de embarazo, sino también a la coincidencia de las vacaciones con los periodos de suspensión del contrato por riesgos. A mayor abundamiento, debe comprenderse que si el precepto esta protegiendo el derecho a las vacaciones de las trabajadoras cuando están en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, derivadas estas del propio embarazo, con más razón que se proteja también el derecho de las trabajadoras que ven impedido el disfrute de sus vacaciones cuando se encuentran en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia, situaciones que derivan de los riesgos que tiene la empresa en el puesto de trabajo de la trabajadora que no han podido eliminar, buscando la aplicación de otras medidas preventivas prioritarias.

³⁰ Art. 38.3 primer párrafo ET: “Cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los apartados 4, 5 y 7 del artículo 48, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan”.

CAPÍTULO XIV. LA INTRANSFERIBILIDAD DE LOS PERMISOS DE PATERNIDAD COMO ELEMENTO BÁSICO PARA LA CORRESPONSABILIDAD. LA RECEPCIÓN NACIONAL DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE PERMISOS PARENTALES

PATRICIA NIETO ROJAS¹

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

I. LA RESPUESTA JURÍDICA A LA CONCILIACIÓN EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA

En los últimos años, se ha producido en la UE un efecto de visualización de la cuestión de conciliación-corresponsabilidad tanto en el espacio normativo como en el jurisprudencial, significadamente en los pronunciamientos del TJUE que “han desempeñado un papel transcendental, consolidándose un principio de no lesividad de los derechos de conciliación” en la esfera jurídica de quienes ejerzan estos derechos, mayoritariamente mujeres². Y aunque es evidente que la mayoría de los instrumentos para incrementar la corresponsabilidad está en manos de los Estados miembros, las instituciones de la Unión Europea –y, en particular, la Comisión Europea– pueden contribuir a establecer el marco y marcar el rumbo. A este respecto, Marianne Thyssen, comisaria de Empleo, Asuntos Sociales, Capacidades y Movilidad Laboral, ha sostenido que para la UE es un objetivo prioritario «aumentar la participación de la mujer en el mercado de trabajo», toda vez que su consecución “no es solo una cuestión de equidad, sino que también presenta un triple beneficio. Es bueno para los progenitores y los cuidadores que trabajan, que conseguirán conciliar mejor sus vidas familiares y profesionales; es bueno para las empresas, que podrán atraer y retener el talento; y es bueno para los Estados miembros, que pierden 370 000 millones de euros cada año debido a la brecha de género en el empleo existente en la actualidad»³. Para la consecución de este objetivo, se pretende reformular la Directiva 2010/18/UE, estableciendo una serie de normas mínimas nuevas o más amplias en lo relativo a las normas de permiso parental, de paternidad y para los cuidadores, concretamente la propuesta de directiva incluye un nuevo derecho consistente en que los padres dispongan al menos de 10 días hábiles libres en las fechas en torno al nacimiento de un hijo. La propuesta también prevé que el actual derecho a cuatro meses de permiso parental pueda utilizarse en el caso de niños de hasta 12 años de edad, frente a la actual orientación no vinculante de los 8 años que existe ahora. Mayor relevancia presenta, a nuestro juicio, que el permiso parental se convierta en un derecho individual sin que sea posible su transferencia al otro progenitor lo que, sin duda, se configura como un fuerte incentivo para que los hombres también se acojan a esta

¹ Esta comunicación forma parte del Proyecto Nacional “Un Derecho del Trabajo para la Recuperación: Competitividad Empresarial y Cohesión Social”, (DER2015-64676-C2-1-P), dirigido por el profesor Mercader Uguina, en el seno de la Universidad Carlos III de Madrid.

² RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada, 2016, p. 18.

³ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1006_es.htm

posibilidad. Finalmente, la propuesta contempla que los padres de niños de hasta 12 años de edad puedan solicitar fórmulas de trabajo flexibles, como los horarios reducidos o la flexibilidad en el lugar de trabajo.

Las medidas propuestas están dirigidas a lograr que los hombres asuman las responsabilidades parentales y de cuidados con el convencimiento de que si se avanza en esta dirección, se lograrían dos objetivos: En primer lugar, se beneficiaría a los niños y, en segundo lugar, se aumentaría la participación de la mujer en el mercado de trabajo, reduciendo así la diferencia entre hombres y mujeres en el empleo, que en 2005 seguía siendo del 11,6 % y que aumenta incluso al 30 % cuando las familias tienen hijos menores de seis años. Este es uno de los elementos que contribuyen a la brecha de género (16,3 %) y a la brecha en materia de pensiones (40 %)⁴.

La existencia de permisos intransferibles es un elemento fundamental no solo para superar los estereotipos tradicionales y el modelo tradicional de división sexual del trabajo sino para seguir avanzando hacia una sociedad igualitaria en términos de género y alcanzar una mayor corresponsabilidad en términos de conciliación. En la presente contribución analizaremos cuál puede ser el impacto de la aprobación de esta Directiva en el modelo nacional de Seguridad Social, significadamente en relación a la prestación contributiva de paternidad.

Respecto a la transposición que puedan efectuar los Estados miembros, conviene recordar que “el fundamento jurídico de la propuesta de Directiva de la Comisión —a saber, el artículo 153 del TFUE— se refiere a una de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros y que, por lo tanto, cabe aplicar el principio de subsidiariedad”. A este respecto, el Comité de las Regiones ha entendido que “dado que la propuesta de la Comisión pretende modernizar el marco jurídico vigente destinado a proporcionar unas normas mínimas comunes para las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional, la acción de la UE es necesaria, adecuada y apropiada. Señala a este respecto que el artículo 153 del TFUE prevé explícitamente que la Directiva es el instrumento jurídico utilizado para establecer los requisitos mínimos aplicables progresivamente por los Estados miembros, lo que debería garantizar que un grado de intervención limitado al mínimo permita alcanzar los objetivos de la propuesta. El CDR está de acuerdo en que las normas mínimas comunes son especialmente pertinentes en el contexto de la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios en el mercado interior de la UE. Destaca, no obstante, que la actuación de la Unión debe dejar el mayor margen posible para las decisiones de los particulares y las decisiones nacionales ya que tradicionalmente en la práctica este ámbito está regulado, tanto a nivel europeo como nacional, por los interlocutores sociales”⁵.

II. LA RECEPCIÓN NACIONAL DE LA DIRECTIVA DE PERMISOS PARENTALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA DE PATERNIDAD

En España, fue la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la que reconoció de forma ciertamente acertada la importancia de asegurar un equilibrio entre trabajo y familia, con la máxima última de favorecer los permisos por maternidad y que su utilización no afectase negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Ahora bien, hubo que esperar hasta la aprobación del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, a través del cual se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo⁶ para que se concretase una de las medidas más pertinentes: la posibilidad de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto pre-

⁴ COM 2017 (252) Final. Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, p. 10.

⁵ Dictamen del Comité Europeo de las Regiones — La conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (2018/C 164/11), DOUE 8.5.2018.

⁶ BOE 17-11-2001.

adoptivo como permanente, pudiera disfrutarse en régimen de jornada a tiempo parcial, lo cual determinaba la compatibilidad del subsidio con la actividad laboral. La existencia de este tipo de previsiones en orden a flexibilizar el disfrute de la prestación pública al permitir su compatibilización con el trabajo mitiga la resistencia de los empresarios a contratar mujeres, máxime en los ordenamientos que garantizan que los permisos parentales se conceden tanto a los hombres como a las mujeres al articularse estos como un derecho individual e intransferible de cada progenitor.

A pesar de que la Ley 39/1999 pretendía o, al menos, este era el compromiso explicitado en su Exposición de motivos “un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades de la vida laboral y familiar”, tempranamente se advirtió que la misma no estaba construida sobre la idea de corresponsabilidad sino en la individualización de los derechos de conciliación, manteniéndose la titularidad femenina en el permiso de lactancia y sin proceder a la regulación de un permiso de paternidad no transferible lo que perpetuaba la feminización de los cuidados. Hubo que esperar a la Ley Orgánica 3/2007 para que se acometiera la “plasmación legal de la corresponsabilidad de las labores domésticas y de atención a la familia”.

Este avance se materializa en las referencias legales al padre y a la madre, o en la incorporación del término progenitor. Asimismo, en relación al descanso de paternidad, “se emplea de manera asexuada el término –trabajador-, lo que se traduce en el reconocimiento del derecho de ambos progenitores, con independencia de su sexo (...). Con ello, se insiste en la necesidad de que los derechos de conciliación fomenten una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares y que su ejercicio no implique ningún tipo de discriminación para trabajadores y trabajadoras”⁷. Con esta regulación, basada en el reconocimiento de derechos autónomos, personales e intransferibles, se pretende superar un modelo social caracterizado por repartir “las responsabilidades familiares en términos desproporcionados e injustos entre los hombres y las mujeres. Por consiguiente, cabe sostener que, precisamente, el objetivo último del derecho antidiscriminatorio en este campo se dirige a constatar y combatir dichas normas sociales. Es decir, al margen de las políticas concretas que se establezcan sobre la mejor conciliación de la vida familiar y laboral y sobre la corresponsabilidad de los varones, la prohibición de discriminación indirecta también se alza en contestación a un reparto equilibrado de la labor de cuidado”⁸.

En lo que hace a la suspensión por paternidad, ya hemos referido que un principio rector que debe guiar la actuación de los poderes públicos en esta materia pasa por “el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de los mujeres y de los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención de la familia” –art. 14.8 LOIMH-. Este mandato subyacía en el art. 48 bis ET –vigente art. 48.7 ET- que, como es de sobra conocido, introdujo una nueva situación legal de suspensión contractual en los casos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, en cuyo caso, el trabajador tendría derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos. El referido plazo se elevaba hasta veinte días naturales ininterrumpidos cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produjese en una familia numerosa, pero también cuando la familia adquiriese dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, o cuando en la familia existiera previamente una persona con discapacidad, en un grado igual o superior al 33 %, (art. 26.2 c) RD. 295/2009). Ya la DT 9ª LOIEMH preveía una ampliación progresiva del permiso de paternidad hasta alcanzar las cuatro semanas de duración desde su entrada en vigor aunque este objetivo era sistemáticamente pospuesto en las LGPE (por ejemplo, el RD Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público⁹, que retrasó hasta el 1 de

⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, cit., p. 19.

⁸ BALLESTER PASTOR, M. A.; J. CABEZA PEREIRO, J., “Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades”, en Cruz Villalón, J. (ed.) *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, p. 109.

⁹ BOE 31-12-2011.

enero de 2013 la entrada en vigor de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida¹⁰).

Una de las novedades de la Ley Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 es la ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, pasando su duración a ser de cinco semanas (DF 38 Ley 6/2018, de 3 de julio¹¹). Este permiso cuenta con una dotación presupuestaria de 523,10 millones de euro, y con esta decisión, la legislación española refuerza la progresiva corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los menores; afirmación que se constata con los datos facilitados por el Ministerio de Trabajo, Inmigración y Seguridad Social¹², en relación a las prestaciones por maternidad y paternidad otorgadas en el año 2017, pues el número de procesos de paternidad alcanzó los 264.632, un 8,25 % más que en 2016. Por su parte, los permisos de maternidad disfrutados solo por la madre fueron 263.398 en 2017, un 3,45 % menos que en 2016, mientras los permisos de maternidad compartidos con el padre fueron de 4.930, un 13,33 % menos que en 2016, un descenso que se explica por la ampliación del permiso de paternidad.

Llegados a este punto, conviene recordar que la suspensión por paternidad corresponde en exclusiva al otro progenitor el supuesto de maternidad biológica mientras que en el caso de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados, salvo que el descanso por maternidad haya sido disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, en cuyo caso, la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercida por el otro progenitor. En aras a una mayor corresponsabilidad de los varones en el cuidado de los menores, se exige que la suspensión por maternidad y por paternidad se reparta entre ambos progenitores, impidiendo que se concentren y ejerzan en su totalidad por uno de ellos.

1. EL ACUERDO CON EL EMPRESARIO COMO PRESUPUESTO PREVIO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE FORMA PARCIAL

El descanso por paternidad, como bien es sabido, se podrá disfrutar en cualquier momento durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. Este permiso podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial si bien el legislador establece que este disfrute parcial ha de ser de, al menos, un 50 % del total de la jornada, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.

En tanto que el precepto estatutario admite el disfrute fraccionado de esta suspensión, nuevamente para que la prestación pueda devengarse de manera simultánea a la retribución será preceptivo el acuerdo entre el empresario y el trabajador. La jornada realizada a tiempo parcial no podrá ser, en ningún caso, inferior al 50 % de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo lo que parece no tener justificación alguna, máxime cuando no se prevé un porcentaje mínimo para el disfrute de maternidad a tiempo parcial¹³. Ninguna previsión establece el ordenamiento sobre los términos en los que se debe concretarse el acuerdo entre el empresario y el trabajador por cuenta

¹⁰ BOE 7-10-2009.

¹¹ BOE 4-7-2018.

¹² Según estos datos, el 82,2 % de los progenitores solicitaron la prestación económica de la Seguridad Social por paternidad, en relación a quienes, por el mismo supuesto de nacimiento, adopción o acogimiento, solitario la prestación económica por maternidad. Véase sobre el primer trimestre de 2018 en: <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3269>

¹³ Cuestionan igualmente esta exigencia, GARCIA VINA, J., La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 74, 2008, p. 211. PANIZO ROBLES, J.A. La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relaciones con la maternidad (Comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), *CEF. RTSS*, nº 313, 2009, p. 47.

ajena si bien parece claro que el mismo puede celebrarse al inicio del periodo de descanso correspondiente o en un momento posterior y este podrá extenderse a todo el periodo de descanso o a parte del mismo (apdo. 2º Disposición Adicional 1ª RD 295/2009).

Lógicamente la duración del permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada que se realice y, por la misma razón, el disfrute será también ininterrumpido. Sea disfrutado a tiempo completo o parcial, el trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio del derecho a la suspensión contractual en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. La posibilidad de compatibilizar el trabajo con el disfrute parcial de la prestación se hace pender de la obtención del acuerdo con empresario, teniéndonos que plantear si el trabajador que no ha alcanzado tal resultado puede impugnar la decisión empresarial, debiendo admitir esta posibilidad que se solventaría a través del procedimiento contenido en el art. 139 LRJS, es decir, al tratarse de una discrepancia “en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente” se le dará tramitación preferente, es decir, el acto de la vista se producirá dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda y el dictado de la sentencia en el plazo de tres días.

Para evitar este tipo de litigios, debiese de flexibilizarse la forma de disfrute del permiso de maternidad y/o paternidad a tiempo parcial, de manera que quepa su uso por decisión unilateral del trabajador y sin necesidad de acuerdo con el empresario. Actualmente no se reconoce como un derecho subjetivo el dirigido a optar entre una baja a tiempo completo o una reducción subsidiada de la jornada de trabajo lo que no deja de resultar paradójico, máxime si tenemos en cuenta que la reducción de jornada por cuidado de hijos o de otros familiares, regulada en el art. 37.5 ET (que se puede solicitar inmediatamente después de la reincorporación del progenitor al trabajo y que puede tener el mismo efecto distorsionador en la organización de la empresa), sí se ha configurado como un derecho del empleado, no condicionado a acuerdo.

En lo que hace a los términos de ejercicio, la DA 1ª RD 295/2009 señala que “el disfrute del permiso en esta modalidad (esto es, a tiempo parcial) será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, por iniciativa de este y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor”. Lo anterior no es óbice, a nuestro juicio, para que la parcialidad en el devengo tenga necesariamente que articularse a través de una reducción diaria de la jornada sino que cabría que el devengo parcial alcanzase jornadas completas siempre que esos fueron los términos alcanzados con el empresario (v. gr. trabajar tres días a la semana). De modo que -salvo que el convenio colectivo se ocupe de señalar esa pauta que la norma no contiene-, trabajador y empresario podrán pactar el tiempo diario de suspensión que estimen por conveniente y podrán también pactar que la distribución de este obedezca a un esquema fijo o irregular, señalando una duración distinta del tiempo de suspensión para cada día .

Habida cuenta que el concepto de trabajo a tiempo parcial contempla expresamente el año como posible módulo de referencia, el pacto reductor podrá concretar la distribución de tiempo de trabajo y tiempo de suspensión como mejor les convenga a ambas partes, ya sea tomando como base el tiempo de trabajo diario, ya sea tomando como base otro referente más amplio. En este sentido, el disfrute a tiempo parcial de la prestación podrá articularse de modo que, dentro del período de reducción, determinados días se atienda normalmente la prestación de trabajo y otros se deje por completo de trabajar si bien, una vez iniciado el tiempo de descanso, este habrá de ser disfrutado ininterrumpidamente.

2. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN

El período de permiso se amplía proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice, minorándose la cuantía del subsidio de paternidad en proporción inversa a la reducción de la jornada laboral. Cuando la suspensión por paternidad se disfruta a tiempo parcial, no existe regla que señale qué tiempo ha de destinarse al trabajo y qué otro al disfrute de la suspensión, de modo que el equilibrio entre tiempo de descanso y tiempo de trabajo puede decantarse del lado de uno u otro

elemento. Ello tiene como efecto que el derecho pueda extenderse en el tiempo de modo muy desigual: si el porcentaje de tiempo de suspensión es amplio, el derecho resultará ser menos extenso y viceversa.

El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante sin que sean de aplicación las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial. Cada día transcurrido en paternidad a tiempo parcial tendrá el carácter de día completo cotizado, conforme a lo dispuesto en el art. 165.3 LGSS, siendo la base reguladora la correspondiente a la incapacidad temporal por contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. No obstante, durante el disfrute de los periodos de descanso a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral (art. 7 RD 295/2009).

Pudiese ocurrir finalmente que durante el período de disfrute parcial de la prestación de paternidad, se iniciase un proceso de incapacidad temporal, en cuyo caso, podría percibir simultáneamente su correspondiente subsidio en relación a la jornada parcial trabajada. Si se agotara el subsidio y el trabajador continuara en situación de incapacidad temporal, se mantendría la percepción del subsidio pero en la cuantía que correspondiera a la jornada completa.

Evidentemente si el trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando pase a las situaciones de maternidad o paternidad, tanto si se disfrutan en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo.

3. LA EXPRESA COMPATIBILIDAD ENTRE EL EMPLEO Y LA PRESTACIÓN DE PATERNIDAD EN SITUACIONES DE PLURIEMPLEO Y PLURIACTIVIDAD

El ordenamiento español establece la expresa compatibilidad de las prestaciones de paternidad en situaciones de pluriempleo y, conforme a lo preceptuado en el art. 23.4 RD 295/2009, el trabajador podrá causar el subsidio en cada empleo si disfruta el correspondiente periodo de descanso y, a efectos de base reguladora, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización, pudiendo percibirse el subsidio en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que se reúnan los requisitos exigidos. En tales situaciones, si los trabajadores acreditan las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen. Si, por el contrario, en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se causará el subsidio en el régimen en el que se acrediten más días de cotización.

En los casos señalados de pluriempleo y pluriactividad, el disfrute de los descansos y prestaciones por paternidad en cada uno de los empleos o actividades se efectuará de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso. Ha de valorarse muy positivamente la regulación española en lo que hace a la compatibilidad del permiso de paternidad con el trabajo pues con esta decisión se trata de conciliar la existencia de dos intereses jurídicamente protegibles: de un lado, el de atender al menor en el tiempo inicial de incorporación a la familia; de otro, la libertad de empresa.

Parece especialmente conveniente que la norma remita a los interesados, esto es, a trabajador y empresario para que logren un acuerdo que “suponga una adecuación razonable de los intereses en juego”. Como en toda negociación, la buena fe tendrá que caracterizar el proceso y esta adecuación exigirá tanto una conducta activa por el trabajador como una oferta del empresario y, en caso de desavenencia, una contraoferta que no debe producir gravamen excesivo en el desarrollo normal del

trabajo y en las relaciones con los demás trabajadores¹⁴. Ahora bien, la negativa del empresario deberá estar fundada en objetivas razones organizativas, es decir, en la imposibilidad de hacer compatible el uso a tiempo parcial con la organización del trabajo en la empresa, de modo que deben excluirse las negativas infundadas o arbitrarias, además de las discriminatorias¹⁵.

Especial interés plantea esta expresa compatibilidad para los trabajadores por cuenta propia que podrán disfrutar los descansos por maternidad y paternidad a tiempo parcial, a cuyos efectos, la percepción de los subsidios y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del 50 por 100. Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción del subsidio y correspondiente disfrute de los permisos de maternidad y paternidad, los interesados deberán comunicar a la entidad gestora, al solicitar la correspondiente prestación, el régimen en que esta se llevará a efecto.

No merece, sin embargo, esta positiva valoración el severo régimen de incompatibilidades establecido en la DA 1ª –apdo. 7- RD 295/2009, pues no solo no tiene una justificación objetiva sino que se ha regulado anticipándose a situaciones que configura como potencialmente peligrosas, olvidando que la flexibilidad en el disfrute de la maternidad o paternidad a tiempo parcial constituye precisamente su principal objetivo al tiempo que proyecta una clara desconfianza ante el disfrute de la prestación en este régimen. Y así, el permiso de maternidad y el de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles con el disfrute simultáneo por los mismos trabajadores de los derechos previstos en los apartados 4 y 4.bis del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo artículo. El referido permiso será asimismo incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el artículo 46.3 de la citada ley. Aunque con esta regulación se trate de evitar algunos usos espurios, el legislador da carta de naturaleza a situaciones materialmente imposibles (v. gr. la incompatibilidad con la excedencia por cuidado de hijos, circunstancia sencillamente inoperante porque, por definición, una excedencia implica la suspensión total de la relación laboral y la maternidad a tiempo parcial supone el desarrollo de alguna prestación laboral)¹⁶.

III. EL FUTURO: LOS TÍMIDOS AVANCES EN LA CORRESPONSABILIDAD. PERMISOS IGUALES E INTRANSFERIBLES

La propuesta de Directiva, actualmente en tramitación¹⁷, preserva los elementos fundamentales de la Directiva sobre el permiso parental y mantiene derechos existentes, incluida la duración del permiso y el derecho individual para cada progenitor, al tiempo que introduce el pago al nivel de la baja por enfermedad y una mayor flexibilidad para tomar permisos parentales, lo que incluye la prolongación de la edad del niño, de ocho a doce años, en la que un progenitor puede tomarse un permiso parental si bien los primeros cuatro meses no serán transferibles entre los progenitores.

Partiendo del impacto positivo de una compensación adecuada en el uso de este permiso por los padres (segundo progenitor) así como el valor de un uso flexible del permiso (fragmentado o a tiempo parcial) en la medida que ambas decisiones permiten a los padres y madres permanecer cerca de sus hijos y de sus empleos, ya hemos referido la idoneidad de hacer compatible la prestación otorgada por el sistema de protección social y el salario derivado del trabajo a tiempo parcial¹⁸. En

¹⁴ MERCADER UGUINA, J. R. Prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo (Comentario al Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgos por el embarazo), *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2002, p. 1272.

¹⁵ GARCIA TESTAL, E; LÓPEZ BALAGUER, M. *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, Abdón Pedrajas Abogados, 2012, p. 33.

¹⁶ BALLESTER PASTOR, A. Licencia por maternidad: aspectos laborales y de Seguridad Social. Op. Cit, p. 65; de la misma autora *La prestación de maternidad*. Op. Cit, p. 45.

¹⁷ <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/06/21/leave-and-flexible-work-for-parents-and-carers-council-agrees-general-approach-on-the-draft-directive-on-work-life-balance/>

¹⁸ Tal posibilidad es contemplada en el ordenamiento inglés a través del programa «Keep in Touch» que permite la simultaneidad del devengo del permiso de maternidad con una prestación parcial de servicios o la asistencia a cursos de reciclaje profesional y que no solo admite la compatibilidad entre prestación y trabajo a tiempo parcial sino que este disfrute fraccionado incrementa el número de días de prestación (hasta diez más). Sobre este programa puede consultarse:

(...)

relación al impacto de la retribución del permiso parental, esta remuneración no solo asegura la continuidad de la independencia económica durante este periodo suspensivo sino que este pago incrementa su utilización por los hombres, máxime si se existen márgenes de flexibilidad en su disfrute, por ejemplo, permitiendo que estos permisos sean fraccionables y se puedan tomar a tiempo parcial.

Sin embargo, y ante la falta de avances en relación con la elaboración de planes de modernización de la legislación relativa al permiso por paternidad, la Comisión Europea “pide a los Estados miembros que vigilen estrechamente la aplicación del Acuerdo marco de los agentes sociales en materia de permiso por paternidad, en particular en lo que respecta al periodo no transferible, y que se aseguren de eliminar todas las barreras para aumentar la tasa de participación de los hombres en el disfrute de estos permisos”¹⁹.

La propuesta de Directiva surge con el convencimiento de la importancia que tienen los permisos intransferibles para incorporar decididamente a los padres en el cuidado de los menores, dando facilidades para el disfrute, a tiempo completo o parcial, simultáneo o sucesivo, de las prestaciones públicas y tratando de conciliar las necesidades personales con la actividad productiva. A fecha de cierre de esta comunicación, todavía no existen disposiciones específicas a nivel de la UE sobre un permiso de paternidad autónomo e intransferible, salvedad hecha a la protección frente al despido contenida en la Directiva 2006/54.

La introducción de un permiso de paternidad intransferible podría tener un impacto destacable en el reparto de las responsabilidades familiares entre las mujeres y los hombres, y para su configuración normativa quizá podría tratar de replicarse la legislación alemana que reformó su sistema de licencias parentales, de modo que se crea un permiso familiar de una duración máxima equivalente a catorce meses a tiempo completo a repartir entre los dos progenitores y con una cuota de dos meses intransferibles para cada uno, que puede disfrutarse simultánea o sucesivamente, a tiempo parcial o a tiempo completo. Ahora bien, una mayor corresponsabilidad de hombres y mujeres en la tarea de cuidados no solo exigirá una reforma normativa sino un cambio radical en una norma social no escrita pero vigente que asume que los “cuidados” son responsabilidad de la mujer.

Como estos cuidados son muy intensivos en tiempo, es imprescindible que la sociedad asuma como norma una cogestión igualitaria de los cuidados entre hombres y mujeres desde el inicio, y esto implica que los permisos por maternidad/paternidad sean solitarios, intransferibles y, en la medida de lo posible, de igual duración. Que el padre participe en solitario de los cuidados no solo permite “desfeminizarlos” sino que se avanza hacia la idea de cogestión de los mismos. Aunque la duración total de estos permisos se debe debatir y acordar, compartimos que es imprescindible vincular el final de estos permisos con la entrada de los menores en el entorno educativo²⁰.

La senda iniciada a este respecto por el ordenamiento español evidencia muy claramente la importancia de los permisos intransferibles, pues aunque los derechos contenidos en los artículos 37.5 y 46.3 del Estatuto de los Trabajadores se configuran como derechos individuales de los trabajadores, hombres y mujeres, los datos de uso evidencian la feminización de estas instituciones. En cambio, que la Ley de Igualdad incorporase en la legislación nacional la suspensión del contrato por paternidad consiguió “fomentar un uso más equitativo del permiso entre padres y madres,

<http://www.dwp.gov.uk/publications/specialist-guides/technical-guidance/ni17a-a-guide-to-maternity/statutory-maternity-pay-smp/working-in-your-maternity-pay/>

¹⁹ Puede consultarse el informe comunitario en la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0069&language=ES&ring=A7-2012-0041>

²⁰ Véanse las atinadas reflexiones de la catedrática de Economía, Sara de la Rica, en el siguiente enlace:

<http://nadaesgratis.es/sara-de-la-rica/tras-el-8m-cinco-propuestas-para-la-igualdad-de-oportunidades-de-genero-en-el-ambito-laboral>

estableciendo que una parte del permiso no puede transferirse bajo ninguna circunstancia y que, por lo tanto, se perderá si solo uno de los dos toma el permiso parental”²¹.

Para avanzar aún más en la corresponsabilidad, actualmente está en tramitación parlamentaria la Proposición de ley de reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, impulsada desde la Plataforma PPIINA²².

En dicha proposición se plantea que cada progenitor tenga derecho a dos permisos con distinta denominación, ambos totalmente intransferibles y pagados al 100 % de la base reguladora:

- 1) “Permiso parental inicial”: de dos semanas obligatorias a disfrutar antes de que transcurran dos semanas a partir del nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.
- 2) “Permiso parental para la crianza”: de catorce semanas, de las cuales cuatro serán obligatorias y diez voluntarias. Este permiso podrá disfrutarse en un bloque o, previo acuerdo con la empresa, en varios, pero siempre antes de que transcurran doce meses a partir del nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Así, se permite a las familias organizar el periodo de crianza de acuerdo con sus necesidades específicas. Asimismo, este permiso podrá tomarse a tiempo parcial, previo acuerdo de la empresa y con la condición de que la persona trabajadora se reincorpore al empleo durante el tiempo que no corresponda al permiso pagado.

En el marco de este debate, el TC todavía no ha resuelto el auto que admitió a trámite el pasado diez de abril y que trae causa en la demanda planteada por un padre que consideró que la normativa de Seguridad Social en relación a la prestación contributiva por paternidad era discriminatoria, reclamando un permiso de paternidad de igual duración que el de maternidad. El Tribunal Constitucional considera esta pretensión merecedora de una resolución sobre el fondo, por su trascendencia constitucional y su relevancia, encomendando su conocimiento y resolución al Pleno, alegando que “el asunto suscitado plantea una cuestión jurídica relevante y de general repercusión social”. La Plataforma de Permisos Iguales e Intransferibles ha valorado positivamente esta admisión pues, a su juicio, “es una oportunidad para superar una doctrina constitucional antigua, trasnochada y que no se sustenta en las que deberían ser las finalidades de los permisos. Una regulación obsoleta que ya no se adapta a las aspiraciones de igualdad de la ciudadanía: los permisos deben no solo permitir el cuidado de la criatura recién llegada, sino además que dicho cuidado se realice de forma igualitaria entre ambas personas progenitoras”.

Sin embargo, conviene recordar que algunos pronunciamientos previos del TC sobre aspectos claramente interrelacionados con la pretensión referida no han tenido favorable acogida. En primer lugar, en la STC 75/2011, de 19 de mayo, mediante la cual se resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida respecto al art. 48.4 ET, en la redacción resultante del art. 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, por su posible contradicción con los arts. 14, 39 y 41 CE. Los hechos de los que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad planteada son sucintamente expuestos en la demanda formulada por un trabajador por cuenta ajena (incluido en tal concepto en el régimen general de la Seguridad Social) contra resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) que le denegó la prestación por maternidad que había solicitado con ocasión del parto de su esposa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 133 bis y la disposición adicional undécima bis de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), en relación con el art. 48.4 LET.

²¹ LÓPEZ TERRADA, E., “Permisos parentales y conciliación”, en Ballester Pastor, A. (ed.) *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 149.

²² Plataforma de Permisos Iguales e Intransferibles en caso de nacimiento y adopción:

<https://igualescintransferibles.org/que-proponemos/reforma-legislativa/>

La propuesta planteada como proposición de ley está publicada en el BOCG 7.5.2018 y aprobada su tramitación por unanimidad en el Pleno celebrado el día 26.6.2018.

La negativa se fundamenta por el INSS recordando “que para tener derecho el padre a la prestación por maternidad de la Seguridad Social es necesario que la madre, titular originaria del derecho, sea trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social, puesto que en la maternidad biológica ese derecho para el padre no es propio o independiente del de la madre, sino que surge por derivación del derecho de ésta, por lo que, al no estar incluida la esposa del solicitante (Procuradora de los Tribunales) en ningún régimen de la Seguridad Social, no causa derecho a la prestación por maternidad y no puede, por tanto, realizar opción a favor del padre”. El máximo interprete constitucional entendió que la normativa de Seguridad Social no vulnera en este aspecto el principio de igualdad de trato por razón de género, “dada la finalidad primordial de protección de la salud de la mujer trabajadora que persigue desde siempre el legislador”, la cual es perfectamente coherente la configuración legal del derecho a la suspensión del contrato de trabajo (o meramente al periodo de descanso por parto, en caso de trabajadoras por cuenta propia) y de la prestación por maternidad como un derecho originario de la madre trabajadora, que puede ceder en parte al padre, cuando este también trabaje, con ciertas limitaciones (señaladamente, la indisponibilidad para la madre de las seis semanas de descanso obligatorio posparto). Con acierto se ha criticado esta resolución en base que su argumentación es válida en relación al embarazo, parto y lactancia natural, “pero no en relación a los cuidados del recién nacido durante dieciséis semanas, responsabilidad que nada tiene que ver con circunstancias biológicas y que debiese competir por igual a ambos progenitores”²³.

En segundo lugar, el ATC 14/2016, de 19 de enero, inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 34 de Madrid en relación con los párrafos primero y segundo del art. 48 f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEEP). El juzgado promotor de la cuestión considera que la denegación del permiso de lactancia al padre solicitante al no acreditar el requisito indispensable de “que ambos progenitores trabajen”, de forma que “la situación de desempleo de la madre hace incompatible que el permiso por lactancia sea disfrutado por el padre”, pudiera entrañar una discriminación por razón de sexo contraria a los arts. 14 y 23.2 CE, en la medida en que perpetúa el modelo de cuidado de los hijos a cargo de la madre. Sin embargo, entiende el TC que “el cuestionado art. 48 f) LEEP reconoce a “los funcionarios” en general el derecho a disfrutar del permiso de lactancia, un permiso que se disfruta mediante reducciones en la jornada de trabajo. Esta primera parte de la norma concluye con un último inciso que dispone expresamente que “este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen”. Es, por tanto, incontestable que la norma cuestionada reconoce el derecho al permiso de lactancia tanto al padre como a la madre funcionarios, o dicho de otro modo, que esta primera parte de la norma es absolutamente neutra en cuanto al sexo de “los funcionarios” o, si se prefiere, de “los progenitores”. De acuerdo con el referido precepto, si uno de los dos progenitores carece de ocupación retribuida, el permiso de lactancia le será denegado al otro (sea mujer u hombre). Puede estarse de acuerdo o en desacuerdo con este sistema (no reconocer el permiso de lactancia cuando uno de los dos progenitores no trabaja) pero no puede considerarse discriminatoria por razón de sexo esta decisión.

Cuestión distinta es que, como razona el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia asunto Roca Álvarez de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-104/2009), si el permiso de lactancia, tal como lo regula el derecho español, puede ser solicitado y disfrutado por la madre o el padre indistintamente, entonces su objetivo y razón de ser no puede estar en la atención a la salud de la madre o en el hecho del amamantamiento, sino en establecer un “tiempo de cuidado en favor del hijo y... una medida conciliadora de la vida familiar y laboral”. Ahora bien, en la medida en que el art. 48 f) LEEP, aquí cuestionado, niega el permiso de lactancia por igual al padre o a la madre cuando el otro progenitor no trabaja, no puede apreciarse en él indicio de discriminación alguna.

²³ GIRÁLDEZ MÉNDEZ, R., “Discriminación por razón de sexo en la configuración legal del permiso de maternidad”, en Mella Méndez, L. (ed.) *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, p. 299.

En cambio, el Tribunal Supremo²⁴ sí que acaba de reconocer el derecho de un juez a disfrutar de un permiso de maternidad de 16 semanas en tanto que la madre, abogada por cuenta propia, no suspendió su actividad profesional. Con esta decisión, el Alto Tribunal estima el recurso interpuesto por el magistrado contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de 29 de diciembre de 2016, que concedió al magistrado un permiso de 10 semanas de permiso, no de 16, atendiendo al artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 49 a) del Estatuto Básico del Empleado Público, así como el artículo 218.1 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, por entender que la madre sí tenía derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulan su actividad profesional.

La Sala aplica a este caso el apartado 3 del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores que establece que “en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el apartado 7 (permiso de paternidad que comporta la suspensión del contrato durante cuatro semanas). Un elemento tomando en consideración en la resolución judicial es que el no reconocimiento del derecho “privaría a ambos padres del permiso parental, en detrimento de los cuidados de la menor y en forma contraria a los principios del derecho de la Unión Europea”. Por ello, estima el recurso y reconoce el derecho al permiso de 16 semanas solicitado por el recurrente.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

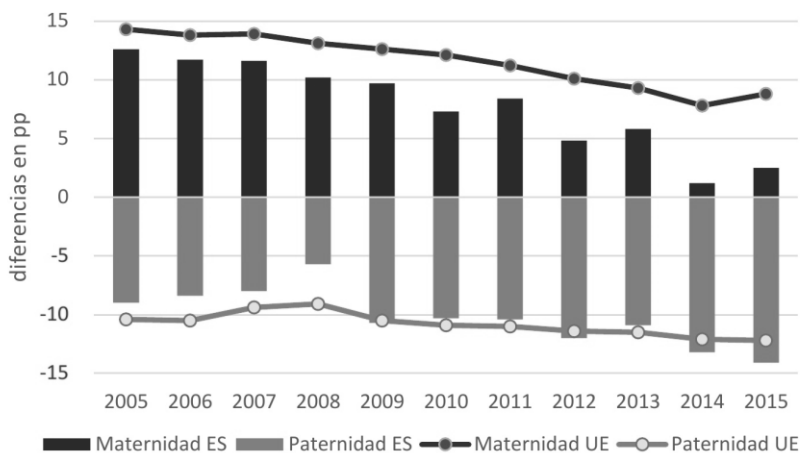
Que el ordenamiento español garantice una titularidad indistinta de permisos parentales aunque, en línea de principios, debiese de permitir que los progenitores puedan decidir de forma más adecuada cómo gestionar estos permisos en el mejor interés para sus hijos, no ha conseguido alcanzar este propósito o, al menos, esta es la conclusión a la que aboca el estudio de los datos, los cuales no solo ponen de manifiesto la feminización de estos permisos sino que evidencian que el objetivo de la corresponsabilidad difícilmente se consigue a través del reconocimiento de derechos de titularidad neutra, es decir, con derechos teóricamente ejercitables por hombres y mujeres, puesto que la neutralidad de su formulación no elimina la presunción de que este tipo de derechos siguen siendo disfrutados mayoritariamente por las mujeres²⁵, como se evidencia muy gráficamente esta imagen que analiza el impacto de la paternidad y maternidad en las trayectorias de empleo de padres y madres.

²⁴ STS (CA) 28.6.2018 (R. 183/2017). Sobre esta resolución puede consultarse la información suministrada por el Consejo General del Poder Judicial disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-reconoce-el-derecho-de-un-juez-a-disfrutar-de-un-permiso-de-maternidad-de-16-semanas-por-el-nacimiento-de-su-hija>

²⁵ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”, *Lan barremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 38, 2017, p. 112.

Impacto de la maternidad y paternidad en el empleo



Fuente: Eurostat, Encuesta de Fuerzas Laborales

Como se ha referido, el Congreso de los Diputados está tramitando una proposición de ley, que obtuvo el respaldo de toda Cámara, para avanzar en la corresponsabilidad con permisos iguales e intransferibles. El texto parte del mantenimiento de las dieciséis semanas de la suspensión del contrato de trabajo para las madres biológicas al tiempo que prevé la equiparación progresiva del permiso del "otro progenitor", que se irá ampliando durante un periodo transitorio hasta alcanzar la equiparación a dieciséis semanas. Esta equiparación se alcanzará de la siguiente manera: en primer lugar, con la creación de un "permiso parental inicial" que tendrá efecto pleno desde la entrada en vigor de la proposición de Ley referida y, en segundo lugar, con el "permiso parental para la crianza" que será objeto de un periodo transitorio de implantación. Específicamente se contempla que para las madres biológicas, o único/a progenitor/a, el permiso queda configurado desde el principio en 14 semanas, de las cuales cuatro serán de disfrute obligatorio y a tiempo completo y diez de disfrute voluntario. Para el/la "otro/a progenitor/a", si lo hubiera, empezará siendo de cuatro semanas de disfrute obligatorio con la entrada en vigor de la presente Ley, y se irá ampliando hasta completar las 10 semanas de disfrute voluntario. El número de semanas que la madre biológica podrá ceder al otro/a progenitor/a irá disminuyendo conforme se va ampliando el periodo no cedible del/de la otro/a progenitor/a, hasta que cada permiso parental para la crianza llegue a ser un derecho pleno de catorce semanas para cada progenitor/a, sin distinciones.

Se puede concluir esta comunicación recordando que la existencia de permisos intransferibles (y, a ser posible, de igual duración) es un factor determinante para superar los estereotipos tradicionales de género –y el modelo tradicional de división sexual del trabajo– y para seguir avanzando hacia una mayor corresponsabilidad en el cuidado de menores y otras personas dependientes. Para su consecución, también es urgente reforzar la accesibilidad y la calidad de los servicios públicos de atención a menores y familiares enfermos o dependientes con el fin de que las personas con deberes de cuidado no se alejen de manera absoluta del mercado de trabajo²⁶. Ya en el Consejo Europeo de Barcelona, celebrado los días 15 y 16 de marzo de 2002, se señalaba que “en cuanto a las actuales políticas de empleo, los Estados miembros deberán suprimir los elementos que desincentivan la participación de la mano de obra femenina y, teniendo en cuenta la demanda de servicios de cuidado de niños y en consonancia con los modelos nacionales de asistencia, esforzarse en prestar para 2010 servicios de cuidado de niños al menos al 90 por ciento de los niños de edad comprendida entre los

²⁶ *Ibid.*, p. 123.

tres años y la edad de escolarización obligatoria, y al menos al 33 por ciento de los niños de menos de tres años”.

Esta misma exigencia se reitera en el Pilar Social, tanto en el principio número 9 como en el 18 de los que parece deducirse una preocupación real de la UE por fomentar el acceso a servicios de cuidado, y este factor es muy relevante pues en aquellos Estados miembros donde rige una amplia red de estas características, los beneficios advertidos son variados²⁷, singularmente en relación al mantenimiento de las mujeres con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo.

A este respecto, conviene recordar que la Proposición de Ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, actualmente en tramitación, fundamenta su razón de ser no solo en el art. 39 CE que “asegura la protección de la infancia” sino en el artículo 14 se establece como principio rector del ordenamiento jurídico la igualdad ante la ley de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo. Y ello es necesario pues aunque nuestro ordenamiento reconoce desde 2007 un permiso propio e intransferible de paternidad con su correspondiente prestación de la Seguridad Social, solo en un 1,9 % de los casos los padres se tomaron alguna parte de las 10 semanas transferibles de los permisos de maternidad y menos de un 5 % de las excedencias fueron disfrutadas por hombres. En definitiva, después de 11 años de aplicación de un permiso intransferible para el “otro progenitor”, esta no puede considerarse como una medida efectiva de corresponsabilidad. Es más, todos los estudios sobre el disfrute de los permisos coinciden en concluir que, en todos los países y en todos los periodos, los padres se toman mayoritariamente los permisos cuando son intransferibles y cuando, al mismo tiempo, su pago está cercano al 100 % del salario mientras que solo una ínfima minoría disfruta alguna parte de los permisos que pueden ser cedidos a la madre o que no están bien pagados.

En España, una amplia mayoría de la ciudadanía prefiere “una familia en la que los dos miembros de la pareja tienen un trabajo remunerado con parecida dedicación y ambos se reparten las tareas del hogar y el cuidado de los hijos/as, si los hay” (Barómetro del CIS, septiembre de 2010) pero, como se refiere en la proposición de ley analizada, “el ordenamiento jurídico no permite a las familias llevar a cabo esas justas aspiraciones, por cuanto que discrimina a los padres en el acceso a derechos para el cuidado, a la vez que a las madres en el acceso al empleo de calidad. Además, ello se agrava por la insuficiencia de servicios públicos de educación infantil que permitan cubrir las necesidades de cuidado de las criaturas cuando sus progenitores/as se han reincorporado al trabajo remunerado”.

²⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España”, en Mella Méndez, L. (ed.) *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, p. 25.

CAPÍTULO XV. LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN SUPUESTOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

MARÍA DEL MAR PÉREZ HERNÁNDEZ
Inspectora de Trabajo y Seguridad Social

I. INTRODUCCIÓN

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene encomendada por la legislación la función de velar por el cumplimiento de la normativa socio laboral, tal y como se recoge en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 22). Parte de esa normativa social es la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la empresa¹, materia en la que se enmarca la conciliación de la vida familiar y laboral. Así, entre las funciones de tal organismo, se encuentra la de vigilancia del cumplimiento de las normas “en materia de tutela y promoción de la igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo”, tal y como recoge el artículo 16.1.a) 3º de la Ley 23/2015, citada.

Comenzando por unas breves notas históricas, advertimos que la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la Administración Pública ha nacido paralela a la propia normativa laboral. A finales del siglo XIX surgen las primeras normas laborales, y ya en 1906 nació la Inspección de Trabajo² a la que se encomendó la tarea de velar por el cumplimiento de las obligaciones patronales en materia laboral. Esa vocación de asegurar la efectividad de las normas laborales nació precisamente entorno a la protección del trabajo femenino. Ya en la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre el trabajo de mujeres y niños se hablaba de la función inspectora en los centros de trabajo, si bien quedaba supeditada al desarrollo de su estructura. Hasta el Decreto de 1 de marzo de 1906 que crea la Inspección de Trabajo, los cometidos habían recaído en las autoridades gubernativas locales y en las juntas de reformas sociales. A partir de 1906, la Inspección de Trabajo comienza su singladura hasta la actualidad, correspondiéndole asegurar la eficacia de las obligaciones patronales, entre las que cobra una gran relevancia la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la empresa.

Si bien, en la legislación advertimos que la primera normativa “proteccionista” hacia las mujeres, ahondaba en la discriminación y desigualdad de trato respecto de los hombres. Así por ejemplo, la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 preveía una indemnización distinta en función del sexo de la víctima³, de forma que se consideraba de menor valor el trabajo realizado por una mujer que por un

¹ La Ley 23/2015 pone de manifiesto la implicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la defensa de la igualdad y la lucha contra las situaciones de discriminación, tal y como ha hecho notar FERNÁNDEZ LUPIÁÑEZ, J. de D., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las políticas de igualdad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 128, Madrid, 2017, pág. 127.

² Un resumen de los orígenes y evolución histórica de la Inspección de Trabajo lo encontramos en GARCÍA MURCIA, J., “La Inspección de Trabajo en España: Unos cuantos trazos sobre su evolución histórica” en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 128, Madrid, 2017, págs. 19-36, y ampliamente, y en una perspectiva internacional y nacional, MONEREO PÉREZ, J.L. Y CASALE, D. (Dir.): *A treinta años de la adopción del Convenio nº150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*. Granada, Editorial Comares, 2010.

³ Artículos 4 y 5 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 (Gaceta de Madrid de 31 de enero).

hombre⁴. Si bien, en la mayoría de los casos, la discriminación venía por una mayor “protección” que se dispensaba a la mujer, como es el caso de la prohibición total del trabajo por cuenta ajena a la mujer los domingos⁵. La finalidad buscada aquí por el legislador es la de una mayor protección, si bien esa mayor protección acababa siendo una discriminación respecto de la mujer en el trabajo.

Esta consideración “proteccionista” ha ido virando hacia un enfoque de “igualdad”, sobre todo tras las Directivas de Igualdad de la Unión Europea, que han ido trasponiéndose al derecho español, hasta llegar a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (BOE del 24)-, que pretende recoger con vocación de “código” medidas para promocionar la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Tras su promulgación, desde el punto de vista laboral, la igualdad en relación laboral y el reproche de conductas discriminatorias quedaría totalmente protegidas desde el punto de vista formal del derecho positivo. Si bien, la realidad del mundo laboral nos muestra que aún queda camino por recorrer para alcanzar la igualdad material, y no meramente formal⁶.

Si ya desde los albores de la creación de la Inspección de Trabajo, encontramos que la vigilancia del cumplimiento de las normas relativas al trabajo de las mujeres eran una prioridad, en la actualidad, en los últimos años –fundamentalmente desde la promulgación de la LO 3/2007-, la atención de la igualdad en el marco de las relaciones laborales ha adquirido un protagonismo cada vez mayor⁷. Protagonismo creciente de la igualdad en la actuación de la Inspección de Trabajo, que ha ido paralelo al cambio de perspectiva en la materia, que ha pasado de una legislación protectora del trabajo femenino a otra basada en la igualdad entre hombres y mujeres. Ya no se trata sólo de proteger a la mujer en la empresa, desde el punto de vista la no discriminación y de la prevención de riesgos laborales, sino que se trata de promover las condiciones para la efectiva igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. De ahí que la actuación de la Inspección de Trabajo haya pasado de ser meramente reactiva –represora de las conductas contrarias a la igualdad- a tener un carácter promocionador de la igualdad.

En la práctica, ello ha supuesto un número creciente de actuaciones planificadas en la materia, de modo que la Inspección no va a actuar sólo en casos de denuncia de incumplimientos, sino que a través de las campañas inspectoras, se va a buscar facilitar las condiciones para la igualdad. De hecho, las denuncias en temas de desigualdad laboral son menores que en otras materias⁸. De ahí que la actuación de la Inspección de Trabajo, en este ámbito de igualdad, se produzca sobre todo por las propias campañas organizadas por el actual Organismo Autónomo Inspección de Trabajo –antes, Dirección General de la Inspección de Trabajo-.

Para lograr la efectiva igualdad, se precisa profundizar en la conciliación de la vida familiar y laboral, entendida como corresponsabilidad⁹, tal y como abordaremos a lo largo de la presente comunicación. Sólo si se avanza en la corresponsabilidad, es posible lograr una efectiva igualdad en el ámbito laboral. Por ello destaca la relevancia que está tomando la conciliación de la vida familiar y laboral, tanto desde el punto de vista legislativo, donde se están concentrando los mayores

⁴ Un recorrido histórico muy interesante al respecto, si bien concretado en lo relativo a la prevención de riesgos laborales, lo encontramos en LÓPEZ RUBIA, M. E., *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 37-86.

⁵ Artículo 1 *in fine* de la Ley de 3 de marzo de 1904, sobre descanso dominical (Gaceta de Madrid de 4 de marzo) y Artículo 1 *in fine* del Real Decreto de 19 de agosto de 1904, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley de 3 de marzo de 1904 (Gaceta de Madrid de 22 de agosto).

⁶ Cfr. TABERNERO SÁNCHEZ, J.R., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el principio de igualdad de sexo en la relación laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2016, pág. 2.

⁷ Cfr. FERNÁNDEZ LUPIÁÑEZ, J. de D., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las políticas de igualdad”, cit., pág. 127. El autor hace notar que es obligado reconocer que se incide más desde hace unos años recientes en la materia de igualdad desde la Inspección de Trabajo, a través de campañas específicas para ello.

⁸ Cfr. TABERNERO SÁNCHEZ, J.R., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el principio de igualdad de sexo en la relación laboral”, cit., pág. 3.

⁹ La conciliación de la vida familiar y laboral entendida como corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de las cargas familiares ha sido puesta de manifiesto por LÓPEZ INSUA, B del M, *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Murcia, Laborum, 2017, págs. 141 y sigs.

esfuerzos¹⁰, como desde el punto de vista de vigilancia del cumplimiento de la normativa por parte de la Inspección de Trabajo.

II. CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

Una aproximación completa a la conciliación de la vida familiar y laboral exige un estudio integral desde una triple perspectiva, de prevención de riesgos laborales, laboral y de Seguridad Social.

A su vez, es preciso distinguir las opciones de conciliación que prevé la normativa entre permisos y licencias, reducciones de jornada, horarios y excedencias. En este apartado, seguiremos este esquema, abordándolo desde la triple perspectiva mencionada.

El objetivo de este apartado será, por tanto, esbozar someramente los derechos iuslaborales relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral, desde la triple perspectiva de prevención de riesgos laborales, laboral y de Seguridad Social, para después, en los siguientes apartados de la presente comunicación, poder abordar la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en este ámbito.

1. PERMISOS Y LICENCIAS

Con el nacimiento o adopción de un hijo, se producen una serie de necesidades en torno a la persona trabajadora, que se han venido a plasmar en unos permisos y licencias para la suspensión del contrato –ámbito laboral-, así como su paralela prestación de Seguridad Social para subvenir la necesidad económica creada por las rentas dejadas de percibir al verse interrumpida la relación laboral –prestaciones de maternidad y paternidad-. Así mismo, la prevención de riesgos laborales implica la necesidad de atender a la circunstancia del embarazo y la lactancia como riesgos a proteger con una regulación específica, que a su vez conllevan una prestación específica de seguridad social, por riesgo en el embarazo y lactancia, correlativa a la suspensión de la relación laboral. Como se ve, se trata de una situación compleja, con conexiones iuslaborales, de prevención de riesgos laborales y de Seguridad Social, que precisan una aproximación de conjunto. Todo ello va a ser objeto de tratamiento específico en el presente apartado.

A) Maternidad

La maternidad y la igualdad en el ámbito laboral están íntimamente unidas, de tal modo que cualquier discriminación de la mujer por razón de la maternidad se considera una discriminación por razón de sexo¹¹. Y ello por cuanto que la realidad biológica del embarazo y parto subyace en muchas de las situaciones discriminatorias para la mujer en el mercado laboral.

Es por ello que el Ordenamiento Jurídico trata de hacer valer el principio de igualdad de género, dejando a salvo la especificidad de los aspectos biológicos de la maternidad durante el parto, parto y puerperio, que son objeto de protección directa a la madre. Los demás instrumentos protectores, vinculados a la necesidad del cuidado de los hijos, se atribuyen a ambos sexos,

¹⁰ Piénsese, a este respecto, en el objetivo de ampliación de la suspensión del contrato por paternidad, paralelo a la correspondiente prestación de Seguridad Social.

¹¹ La jurisprudencia del TJUE ha venido considerando como discriminación directa por razón de sexo cualquier trato de desfavor a la mujer por razón de su embarazo o maternidad, puesto que por razones biológicas son estados que sólo afectan a la mujer, y por tanto, un despido o un acto desfavorable por tal base suponen un acto de discriminación directa a la mujer. En tal sentido, cfr. TABERNERO SÁNCHEZ, J.R., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el principio de igualdad de sexo en la relación laboral”, cit., pág. 4. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE tiene sentada la doctrina de la conexión entre embarazo-maternidad y situaciones desfavorables laborales como de discriminación directa por razón de sexo. Así, en Asunto Dekker (Sentencia de 8/11/1990), Asunto Haberman-Beltermann (Sentencia de 5/5/1994), Asunto M Brown (Sentencia de 30/6/1998), Asunto Mahlburg (Sentencia de 3/2/2000) y Asunto Paquay (Sentencia de 11/10/2007), entre otras. En el mismo sentido, nuestro Tribunal Constitucional destaca que “los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE” (STC 17/2003, de 30 de enero).

dirigiéndose hacia el binomio en la protección maternidad-paternidad¹². Podemos distinguir, por tanto, entre la protección de la mujer en los tres estadios de embarazo, parto y puerperio, y la atención y cuidado de hijos. Así, las atenciones relativas al embarazo, parto y puerperio se dirigen directamente a la mujer, mientras que las atenciones necesarias a los hijos precisan de la corresponsabilidad. De ahí que se tienda a identificar en binomio maternidad-paternidad, de cara a la corresponsabilidad de los progenitores en la atención y cuidado de hijos, tanto en la maternidad y paternidad biológica como en las situaciones asimiladas. De ahí la tendencia a la bilateralización de la tutela mediante el reconocimiento a la madre o al padre de la posibilidad de disfrutar de los derechos sociolaborales, todo ello encaminado a facilitar el cuidado de los hijos y la búsqueda de la conciliación de la vida familiar y laboral orientada hacia la corresponsabilidad¹³.

El bien jurídico a proteger no es otro que la salud de la madre y del hijo¹⁴, que implica una clara perspectiva de prevención de riesgos laborales dirigida a la protección de la salud de la mujer trabajadora, y laboral por cuanto ha de suspenderse la prestación de servicios. La Seguridad Social viene aquí a subvenir la situación de necesidad creada por ambas cosas, promoviendo la asistencia sanitaria, por un lado, y previendo una prestación económica que haga frente a las necesidades por las rentas del trabajo que se dejan de percibir durante la suspensión de la relación laboral.

La mujer trabajadora es la principal destinataria –aunque no la única, por la bilateralización del derecho de que venimos hablando– de las medidas de protección en los casos de maternidad, dada la relación biológica entre la mujer y el parto. Es por ello que, cualquier actuación desfavorable de la empresa en estos casos, suponga una discriminación directa por razón de sexo. En su actuación, la Inspección de Trabajo, habrá de estar especialmente atenta a tales situaciones, que bien pudieran ser discriminatorias respecto de la mujer, ya sea en el acceso al empleo, en la promoción profesional, o en la retribución del trabajo mismo, aspectos estos tres que abarcan la mayor parte de los supuestos discriminatorios por razón de sexo frente a la mujer trabajadora.

B) Paternidad

La diversidad de bienes jurídicos a proteger –que incluyen el cuidado de los hijos, la igualdad entre hombres y mujeres en la empresa, evitar la exclusión de la mujer en el mercado laboral etc.–, ha dado lugar a una ampliación de la tutela de la maternidad y a una diversificación de los contenidos garantistas y de los sujetos destinatarios. Se ha producido así, una ruptura del binomio clásico sujeto beneficiario-mujer¹⁵.

Ello ha permitido avanzar en la corresponsabilidad a través del reconocimiento de los permisos parentales, de modo que el padre (o cónyuge por cualquier título legítimo) pueda implicarse en la actividad de cuidado del hijo. Ello supone la existencia de permisos parentales, anudados a la correspondiente prestación de Seguridad Social.

En este sentido, la LO 3/2007, de igualdad (LOI) enmarcó los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral desde una perspectiva integradora, de tal modo que se reconocen los derechos de conciliación a trabajadores y trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio¹⁶. Preciso es hacer notar que ya con anterioridad, la Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida personal y familiar de las personas trabajadoras, había supuesto un notable avance en materia de conciliación, pero no es sino hasta la LOI donde la conciliación se enfoca desde una perspectiva más amplia, con carácter integrador, y con vocación a conseguir la asunción equilibrada de las cargas familiares, y por tanto, en vistas a lograr la igualdad real, material, entre hombres y mujeres en el

¹² LÓPEZ INSUA, B. del M., El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo, cit., pág. 170. Hace notar la autora que esta materia debe tener una orientación de política del Derecho fuertemente comprometida con el principio de igualdad entre hombres y mujeres y la justicia social.

¹³ LÓPEZ INSUA, B. del M., El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo, cit., pág. 167.

¹⁴ LÓPEZ INSUA, B. del M., El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo, cit., pág. 160.

¹⁵ LÓPEZ INSUA, B. del M., El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo, cit., pág. 166.

¹⁶ LÓPEZ INSUA, B. del M., El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo, cit., pág. 176.

ámbito laboral. En este sentido, el permiso de paternidad y la correspondiente prestación de Seguridad Social pretenden facilitar que el otro progenitor asuma la responsabilidad – corresponsabilidad- en el cuidado del hijo¹⁷.

C) Riesgo por embarazo

El sistema de protección social pública estaba diseñado para el trabajador varón, por lo que los riesgos objeto de cobertura por la Seguridad Social no contemplaban riesgos específicos de la mujer trabajadora, como el riesgo por embarazo o por lactancia, ambos estrechamente vinculados a la prevención de riesgos laborales. El reconocimiento paulatino de los derechos de la mujer trabajadora ha permitido centrar la atención en los riesgos específicos de la mujer en relación con el trabajo, y así desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, se protege a la mujer trabajadora frente a riesgos específicos del trabajo, y desde Seguridad Social, se desarrollan prestaciones específicas para subvenir tales riesgos¹⁸.

En el riesgo por embarazo y lactancia, es fundamental la perspectiva de prevención de riesgos laborales, puesto que es la salud de la madre y del hijo el bien jurídico protegido, frente a los riesgos que puedan derivarse del trabajo. La normativa básica al respecto se contiene en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), que regula de manera conjunta el riesgo en el embarazo y el riesgo en la lactancia natural. En este apartado, nos centraremos en el riesgo por embarazo, y en el siguiente, en el riesgo por lactancia.

Comenzando por el embarazo como situación protegida por el artículo 26 LPRL, lo primero que hay que tener en cuenta es la propia aplicabilidad de la normativa en relación con la comunicación de la situación de embarazo por parte de la trabajadora. Y es que el artículo 26 LPRL no contempla la obligación de la trabajadora de comunicar su estado al empresario. Ello supone una mejora respecto a la normativa comunitaria, puesto que la protección del artículo 26 LPRL alcanzará a todas las trabajadoras que estén en alguna de las situaciones protegidas, lo hayan comunicado o no. De este modo, el empresario estará obligado a proteger adecuadamente a la trabajadora embarazada cuando tenga conocimiento de su estado, bien porque se lo haya comunicado la trabajadora, bien porque sea evidente, o bien porque lo haya sabido por terceras personas¹⁹. Si bien, parece claro que la obligación de implementar las medidas protectoras dependerá de que el empresario tenga conocimiento de ello por cualquier medio, no pudiendo aplicarlas sino hasta que no conozca del embarazo.

En cualquier caso, entre las obligaciones preventivas que tiene el empresario, el artículo 26 LPRL destaca un instrumento básico, en torno al cual se articula toda la prevención de riesgos laborales, cual es la Evaluación de Riesgos. Y es que la obligación principal y primera del empresario, como garante de la salud de la trabajadora embarazada, es la obligación de evaluar los riesgos que puedan influir negativamente en su salud²⁰. Es por ello que, en el momento inicial de la evaluación, se ha de realizar, además de la evaluación inicial general y objetiva de los riesgos a los que están expuestos los trabajadores, prevista en el artículo 16 LPRL, otra evaluación, también general y objetiva, de los riesgos a los que pueden estar expuestas las trabajadoras embarazadas, consideradas como grupo de trabajadoras expuestas a “riesgos especiales”, tal y como viene establecido en el artículo 26 LPRL. Esta evaluación se ha de hacer de manera inicial, con independencia de que haya o no trabajadoras embarazadas en ese momento. Esta evaluación incluirá una relación de puestos de

¹⁷ Cfr. LÓPEZ RUBIA, M.E., Regulación jurídica y preventiva de la Seguridad y Salud de la mujer trabajadora, cit., págs. 73-75.

¹⁸ LÓPEZ INSUA, B. del M., El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo, cit., págs. 164-165.

¹⁹ En la normativa comunitaria, se hace depender la activación de la protección de la trabajadora embarazada de la comunicación que ella haga del embarazo al empresario (artículo 2 de la Directiva 92/85/CEE). Ello hace que la doctrina esté dividida al respecto, en cuanto a la necesidad de la comunicación por parte de la trabajadora para implementar las medidas. Al respecto, muy interesante resumen de las dos posturas doctrinales lo encontramos en LÓPEZ RUBIA, M.E., Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora, cit., págs. 211-217.

²⁰ CARDONA RUBERT, M.B., Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 32. Se considera por la autora obligación principal porque es el pilar que sostiene la tutela que el empresario está obligado a proporcionar a la trabajadora, y primera porque de las conclusiones de la evaluación se derivan obligaciones para el empresario que componen la batería de medidas previstas en el artículo 26 LPRL.

trabajo exentos de riesgo para las trabajadoras embarazadas, al que se podrán destinar las mismas una vez que el empresario tenga conocimiento de la situación de embarazo.

Las demás medidas que prevé el artículo 26 LPRL parten de los resultados de esta primera evaluación de los riesgos para las trabajadoras embarazadas que haya en los puestos de trabajo. Así, una vez que el empresario tenga conocimiento del embarazo de una trabajadora, y teniendo en cuenta los resultados de la evaluación de riesgos, habrá de adoptar las medidas concretas que prevé de manera sucesiva el propio artículo 26 LPRL: la adaptación de las condiciones de trabajo, el cambio de puesto o función, y si todo ello no es posible, la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Así, en caso de derivarse riesgos para la salud de la madre o del feto, el primer paso será la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo. Se trata de adaptar las condiciones del puesto de trabajo, de tal modo que no implique cambio de puesto, y la trabajadora pueda continuar realizando su trabajo. Para la adaptación de condiciones materiales, el empresario podría tener en cuenta medidas de tipo ergonómico –por ejemplo, facilitar a la trabajadora una silla o taburete para que no tenga que realizar todo su trabajo de pie, o la utilización de equipos mecánicos que eviten manipulación manual de cargas-, o se podría también proceder a la adecuación de condiciones ambientales como la temperatura o el ruido²¹.

Más interesante resulta aún la adaptación del tiempo de trabajo, sobre todo en lo que se refiere al trabajo nocturno y a turnos, que suponen una mayor carga física y psíquica en las trabajadoras embarazadas. Especialmente, por la gran incidencia que este trabajo tiene en el sector sanitario, donde es muy fuerte la presencia femenina.

En este sentido, el artículo 26.1 LPRL señala de forma expresa que, dentro de las medidas de adaptación, se incluirá “cuando sea necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”. El trabajo nocturno no queda absolutamente prohibido, puesto que ello supondría una vulneración de la igualdad entre hombres y mujeres en lo relativo a las condiciones de trabajo²². Pero no resultando prohibido, sí se considera una situación de riesgo a efectos de protección. Por tanto, la no realización de trabajo a turnos o nocturno es una de las medidas destinadas a la adaptación del tiempo de trabajo que dependerá de los resultados que arroje la evaluación de riesgos. Si de la evaluación se deriva que la realización de trabajo nocturno o a turnos puede suponer riesgo para la trabajadora embarazada, habrá que adoptar medidas para que no se realice dicho trabajo nocturno o a turnos, según proceda²³, que podrán implicar el cambio a un puesto de trabajo diurno²⁴.

Si la adaptación del puesto de trabajo no resulta posible o es insuficiente, el siguiente paso en la protección es el cambio de puesto o funciones, tal y como prevé el artículo 26.2 LPRL. Para ello, se precisa un doble informe médico, ya que se exige, por un lado se requiere certificado de la Mutua o de los Servicios médicos del Instituto Nacional de Seguridad y Salud (en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales), y el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que atienda a la trabajadora.

²¹ Cfr. LÓPEZ RUBIA, M.E., Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora, cit., págs. 227-228.

²² Así lo ha entendido la jurisprudencia comunitaria, en el Asunto Stoeckel, TTJCE de 25 de julio de 1991.

²³ Cfr. LÓPEZ RUBIA, M. E., Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora, cit., págs. 231-237.

²⁴ En el caso de que la trabajadora pase a realizar un trabajo diurno, se venía produciendo una situación paradójica, y es que dejaba de cobrar los pluses de nocturnidad por el trabajo que venía realizando, puesto que son pluses unidos al puesto de trabajo y a la condición de trabajo nocturno. Así es que la trabajadora pasaba a realizar trabajo diurno por la situación de riesgo en la que se encontraba, pero dejaba de percibir el salario en la cuantía que lo venía haciendo. Esto ha sido resuelto de manera incidental por el Tribunal Supremo, al menos en parte, para las trabajadoras sanitarias, en Sentencia de 24 enero de 2017, que resuelve que las guardias médicas han de ser tenidas en cuenta para el cálculo del 100 % de la base reguladora de la prestación por riesgo durante el embarazo. Se entiende que si las guardias han de ser tenidas en cuenta para el cálculo de la prestación, también deberían tenerse en cuenta los pluses de trabajo nocturno y seguir cobrándolos la trabajadora en caso de pasar a trabajar diurno, puesto que lo contrario sería una situación de menoscabo de derechos con la única base del embarazo, esto es, una situación de discriminación por razón de género.

En tales casos, el cambio de puesto o funciones se llevará a cabo de acuerdo con las reglas de la movilidad funcional, que puede ser ordinaria (dentro del grupo profesional), o extraordinaria (movilidad a un puesto de trabajo de otro grupo profesional). En ambos casos, habrá de tenerse en cuenta las reglas propias de dicha movilidad, y la trabajadora percibirá el salario del puesto de destino, salvo que sea inferior al suyo propio, en cuyo caso mantendrá el salario del puesto de origen.

Si a pesar de todo, el cambio de puesto o función no fuera posible, entonces procedería la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, que incluye la previsión de la prestación económica de Seguridad Social, por contingencias profesionales, puesto que la Seguridad Social viene a subvenir la situación de necesidad creada por las rentas del trabajo que dejan de percibirse por motivo del riesgo por embarazo.

En definitiva, apreciamos cómo el riesgo por embarazo es un supuesto en el que se imbrican la perspectiva de prevención de riesgos laborales, la perspectiva laboral propiamente dicha, y la perspectiva adjetiva de seguridad social, siendo necesario un acercamiento triple para tener una completa panorámica integradora de la figura jurídica objeto de estudio. Y es que la contingencia protegida por la prestación deriva de la necesidad de proteger la salud de la trabajadora y/o del feto, motivada por los riesgos profesionales a los que está sometida la trabajadora, lo que significa que a la función reparadora propia de la Seguridad Social, se añaden las medidas de seguridad y salud que prevé la LPRL²⁵, de modo que la definición de la contingencia protegida se hace por reenvío a la normativa de prevención, e indirectamente a la normativa laboral.

Por otra parte, en el caso de trabajadora en situación de parto reciente, ésta aparece regulada exclusivamente en el apartado primero del artículo 26 LPRL, lo que supone que, en sentido estricto, para combatir los riesgos en que pueda verse la trabajadora, la empresa sólo está obligada a acudir a la medida preventiva de adaptación de condiciones o tiempo de trabajo, sin que sean de aplicación las mejoras previstas en el apartado segundo (movilidad funcional) y tercero (suspensión del contrato de trabajo)²⁶. Respecto de la tercera mejora (suspensión del contrato de trabajo) tiene sentido que no se prevea para la trabajadora en situación de parto reciente, puesto que estaría amparada por la propia suspensión del contrato de trabajo por maternidad o en su caso por lactancia natural. Sin embargo, no parece sino un descuido del legislador el haberse omitido la posibilidad de cambio de puesto o función, que podría ser adoptada, por ejemplo, en los casos en que la mujer decida traspasar al otro cónyuge parte del periodo de descanso de maternidad.

D) Lactancia

El riesgo durante la lactancia natural se incluyó por vez primera en la LO 3/2007 (LOI), que modificó el artículo 26 LPRL para incluir el riesgo por lactancia natural, en una regulación paralela con el riesgo por embarazo, para los casos en que las condiciones de trabajo puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo (menor lactante). Lo que se pretende es proteger la salud de la madre y del hijo durante el periodo de lactancia natural.

El esquema de protección para el riesgo de lactancia natural es paralelo al que sigue el riesgo por embarazo, regulándose ambos conjuntamente y con las mismas premisas, por lo que nos remitimos aquí a lo señalado en el apartado anterior. Se precisará la evaluación de riesgos, y de acuerdo con sus resultados, se procederá a la adaptación del puesto de trabajo, de no ser suficiente al cambio de puesto o función, y de no ser posible, a la suspensión del contrato de trabajo.

2. OTROS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

Con el fin de alcanzar la efectiva conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, y en aras a la corresponsabilidad que facilite la igualdad laboral de hombres y mujeres, la LOI introdujo

²⁵ En este sentido, cfr. LÓPEZ INSUA, B. del M., El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo, cit., pág. 198.

²⁶ COS EGEA, M., La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, LA LEY, Madrid, 2010.

modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores en materia de adaptación de jornada, permiso por lactancia y reducción de jornada por guarda legal de menores de 8 años o de una persona con discapacidad.

En concreto, el derecho de adaptación de la duración o distribución de la jornada está condicionado a lo que prevea la negociación colectiva o al acuerdo a que se llegue con el empresario. Y en el caso de la reducción de jornada, habrá una proporcional reducción de salario. Por ambas razones, la incidencia de estos derechos de cara a la corresponsabilidad es bastante reducida, lo que lleva a la doctrina a reclamar más medidas de protección a favor de la familia²⁷.

En cualquier caso, y por lo que respecta a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social respecto de la conciliación de la vida personal y familiar, señalar que en caso de desavenencias entre trabajadores y empresa por estos derechos, el procedimiento a seguir para su resolución es judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 11 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, por lo que la actuación de la Inspección se limitará a los informes que en su caso pueda solicitar el órgano jurisdiccional. Si bien, es cierto que, de apreciar cualquier discriminación en la solicitud de ejercicio de estos derechos, sí habría campo de actuación inspectora, como veremos en el apartado próximo.

III. ACTUACIÓN INSPECTORA

Comenzábamos la presente comunicación señalando cómo a la Inspección de trabajo y Seguridad Social le corresponde la vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral. Dentro de esa normativa laboral, se encuadra la materia de igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo, y concretamente, dentro de la igualdad se encuentra la materia específica de la conciliación, entendida como corresponsabilidad para alcanzar efectivamente la igualdad.

A la Inspección de Trabajo y Seguridad Social corresponde, concretamente, la defensa del principio de igualdad laboral desde el plano administrativo. La LOI trata de implicar a todos los actores presentes en la relación laboral —a través de la negociación colectiva con los planes de igualdad o con medidas específicas pactadas para luchar contra la discriminación— y en caso de actos lesivos contra la igualdad, se puede acudir a distintos organismos tanto judiciales como administrativos. Si bien, será la Inspección de Trabajo la competente para la investigación de los supuestos que se planteen, como servicio público al que corresponde la vigilancia del cumplimiento de la normativa social, pudiendo exigir, en su caso, las responsabilidades pertinentes²⁸.

Las actuaciones inspectoras pueden iniciarse de manera rogada (por denuncia, petición de informe por otros organismos de la Administración o Judicial) o por actuación planificada, que en esta materia es muy amplia, dada la escasa incidencia de las denuncias directas por discriminación²⁹. Es así que la actividad programada en materia de igualdad cobra una relevancia fundamental a la hora de la defensa administrativa del principio de igualdad de género.

Actualmente, la actividad planificada se desarrolla en el marco de la Instrucción 3/2011, de la Dirección General de la Inspección (hoy Organismo Autónomo), sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la vigilancia en las empresas de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. En esta Instrucción se marcan directrices y criterios, y se establecen los ámbitos en los que se lleva a cabo la actividad programada.

Las materias que se incluyen en la igualdad y que centran la actividad planificada son los planes y medidas de igualdad, la discriminación en la relación laboral, la discriminación salarial, la prevención

²⁷ I. LÓPEZ RUBIA, M. E., Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora, cit., pág. 75.

²⁸ Cfr. TABERNERO SÁNCHEZ, J.R., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el principio de igualdad de sexo en la relación laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2016, pág. 2.

²⁹ En este sentido, cfr. TABERNERO SÁNCHEZ, J.R., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el principio de igualdad de sexo en la relación laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2016, pág. 3, y FERNÁNDEZ LUPLIÁÑEZ, J. de D., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las políticas de igualdad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 128, Madrid, 2017, pág. 127.

de riesgos laborales con un enfoque de género, el acoso sexual y por razón de sexo, la discriminación en la negociación colectiva, la discriminación en el acceso al empleo y los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral.

En el caso de la conciliación de la vida familiar y laboral que nos ocupa, la actividad planificada está dirigida a comprobar el respeto de los derechos de conciliación previstos en el Estatuto de los Trabajadores. Tal y como señalamos en el apartado anterior, las cuestiones contenciosas concretas son competencia del órgano jurisdiccional, pero en caso de no respeto por parte del empresario de tales derechos, nos encontraríamos con una infracción a la normativa en materia de igualdad que bien pudiera suponer una discriminación por razón de sexo, si se trata de una falta cometida en razón de una circunstancia de la trabajadora relacionada con la maternidad³⁰.

También incide en la conciliación de la vida familiar y laboral la campaña de Inspección dirigida a comprobar la prevención de riesgos en la empresa con enfoque de género. Y ello por cuanto en esa campaña se trata de vigilar las condiciones en que la empresa ha cumplido con la prevención de riesgos que puedan ser específicos en el colectivo de trabajadoras, señaladamente en los casos de embarazo y lactancia. Y es que, como vimos en el apartado anterior, el artículo 26 LPRL exige que la evaluación de riesgos inicial tenga evaluados, de manera objetiva, los riesgos para las trabajadoras embarazadas o lactantes, independientemente de que haya trabajadoras en tales situaciones, y que se prevea la lista de los puestos exentos de riesgos en tales casos. En la campaña de prevención de riesgos laborales con enfoque de género, se vigila precisamente el cumplimiento por parte del empresario de esta evaluación de riesgos inicial para trabajadoras embarazadas y lactantes.

Para completar el análisis de la actuación inspectora, teniendo en cuenta las líneas de actuación futuras, se hace preciso referirnos al reciente Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo para el periodo 2018-2020 (BOE de 19 de abril de 2018), uno de cuyos objetivos es precisamente mejorar la garantía del cumplimiento de la legislación en materia de igualdad y no discriminación. Dentro de ese objetivo, y centrándonos en la materia concreta de la conciliación, se pretende diseñar campañas específicas en materia de conciliación de la vida laboral y personal, con especial atención al disfrute de permisos de maternidad y paternidad de trabajadores, utilizando las posibilidades de cruces de datos a efectos de programar actuaciones concretas. Para ello, se prevé la especialización funcional de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en materia de igualdad³¹.

En este sentido, y por la referencia que hace el Plan Estratégico a la especialización funcional en igualdad, hay que tener en cuenta que la Inspección de Trabajo en España, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, es una Inspección Generalista, que tiene competencia sobre todas las materias relacionadas con la relación laboral³². Ello facilita la investigación integral y no fragmentaria de los asuntos laborales, pudiendo abordar las cuestiones de manera completa, facilitando la vigilancia íntegra del cumplimiento de la normativa laboral en su totalidad. Sin perjuicio de este carácter generalista, se prevé la especialización funcional en determinadas materias que tengan una mayor complejidad técnica, previendo la Ley 23/2015 ya citada, la existencia de Unidades Especializadas en las Inspecciones Provinciales, se trata de una posibilidad, que facilitaría la actuación inspectora en la materia, con la especialización funcional que alcanzarían los Inspectores integrados en tales unidades, que abordarían las investigaciones de manera integral. Si bien es una posibilidad que no existe aún para la materia de Igualdad.

IV. MEDIDAS DERIVADAS DE LA ACTUACIÓN INSPECTORA

Una vez estudiada la conciliación de vida familiar y laboral, y la actuación de la Inspección de Trabajo en relación con tal materia, procede ahora abordar las medidas derivadas de dicha actuación.

³⁰ Vid. Al respecto lo señalado en la Nota 11 de la presente comunicación.

³¹ Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020, publicada en BOE de 18 de abril de 2018.

³² Para una comparativa de la Inspección de Trabajo en el mundo, cfr. VVAA.: *La Inspección de Trabajo. Regulación española y perspectiva internacional*, GARCÍA MURCIA, J., (DIR.), Pamplona, Aranzadi, 2016, págs. 497 y sigs.

Como resultado de la actividad inspectora, se constatan hechos, que en caso de infringir la normativa en materia de igualdad, dará lugar a la exigencia de la responsabilidad consiguiente. En este apartado abordaremos, en primer lugar, la responsabilidad administrativa del empresario, y en segundo lugar, las medidas derivadas de la actuación inspectora para exigir dicha responsabilidad.

1. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL EMPRESARIO

El empresario tiene la obligación de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la empresa, obligación que abarca los diversos aspectos de la relación laboral –acceso al empleo, promoción profesional, retribución-, entre los que se incluyen la conciliación de la vida familiar y laboral, entendida como corresponsabilidad, como cauce para garantizar la efectiva igualdad de género en el mundo laboral. Así, obligación-incumplimiento-sanción actúan como trío del que la responsabilidad administrativa es el puente que los une, de modo que, si hay obligación e incumplimiento, habrá sanción siempre y cuando haya responsabilidad administrativa.

La función de la responsabilidad administrativa del empresario en materia de igualdad nos lleva directamente a la consideración de su fin³³. En este sentido, destaca que la finalidad de la responsabilidad administrativa en igualdad es doble, por una parte es de tipo represivo –represión por haber incumplido el deber de seguridad- y por otra parte es de tipo preventivo –se pretende que la amenaza de sanción haga que los sujetos obligados se vean compelidos a cumplir, y evitar así las infracciones antes de que se cometan-.

Con esta doble finalidad, la responsabilidad administrativa pretende conseguir el cumplimiento del deber de igualdad. La obligación que tiene el empresario es de carácter material (no basta con la mera igualdad formal) y ha de cumplirla autónomamente. El empresario, tiene que evitar cualquier tipo de discriminación por razón de género. Deber que dimana de nuestro texto constitucional (artículo 14 CE) y que viene también recogido en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 4 LET). Como pudiera ser que este deber no se cumpla de manera autónoma, el carácter coactivo del Derecho viene a exigir su cumplimiento de manera heterónoma, a través del instituto de la responsabilidad, que tiene, por tanto, índole procesal³⁴. La responsabilidad viene así a ser un refuerzo para lograr la finalidad de alcanzar la igualdad material en el seno de la relación laboral.

La responsabilidad administrativa así entendida presenta una estructura interna al servicio de la función que asume. Para poder penetrar en la estructura de la responsabilidad, es necesario referirnos al objeto jurídico, esto es, a aquello que se observa en el Derecho. El objeto de la responsabilidad son los actos con relevancia jurídica, y concretamente los actos del que desobedece³⁵. La responsabilidad viene a ser la consecuencia procesal de haber incumplido –desobedecido- una obligación material.

Ante un incumplimiento aparece el instituto de la responsabilidad, que impone la consecuencia jurídica de la sanción al sujeto responsable. En el caso de la responsabilidad administrativa, ésta surge cuando el incumplimiento viene tipificado como infracción, por ir anudado a intereses de índole colectiva, cuya gestión corresponde a la Administración.

Para que surja la responsabilidad administrativa, por tanto, ha de haber una obligación material – en el caso que nos ocupa, el respeto a la igualdad y la interdicción de discriminación del artículo 14 CE, así como el derecho a la igualdad en la relación laboral del artículo 4 LET, y los derechos de conciliación previstos en la normativa laboral, de Seguridad Social y de prevención de riesgos

³³ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., “La teoría del derecho de Francesco Carnelutti”, Est. Prel., a la obra de CARNELUTTI, F., *Teoría general del derecho. Metodología del Derecho*, Granada, Comares, 2003, pág. XXVI.

³⁴ En esta distinción entre derecho material y procesal seguimos a Carnelutti, que aísla el concepto de obligación del concepto de responsabilidad: “Mientras que la obligación es una institución de derecho material, la responsabilidad corresponde al derecho procesal”, en CARNELUTTI, F., *Teoría general del derecho. Metodología del Derecho*, cit., pág. 203.

³⁵ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., “La teoría del derecho de Francesco Carnelutti”, Est. Prel., a la obra de CARNELUTTI, F., *Teoría general del derecho. Metodología del Derecho*, cit., págs. XXXIX y LVIII.

laborales-, un incumplimiento de dicha obligación –la infracción en sí, que ha de estar tipificada como tal en la LISOS-, y un sujeto responsable de dicho incumplimiento.

Centrándonos en las infracciones tipificadas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante, TRLISOS), y teniendo en cuenta los derechos de conciliación tal y como hemos analizado en el segundo apartado de la presente comunicación, nos encontramos con una materia poliédrica, que precisa analizarse desde la perspectiva laboral, de prevención de riesgos laborales y de Seguridad Social. Ello va a tener incidencia en las infracciones tipificadas en la TRLISOS, pues conductas contrarias a la igualdad van a tener acomodo en infracciones de distinta índole.

En primer lugar, desde la perspectiva iuslaboral propiamente dicha, nos encontramos con la infracción prevista en el artículo 8.12 del TRLISOS, que considera infracción muy grave las decisiones unilaterales del empresario que supongan discriminación directa o indirecta, favorable o adversa por en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo. Es decir, el ordenamiento jurídico tipifica del modo más grave, con la infracción muy grave, cualquier circunstancia que suponga una discriminación por razón de sexo. Y en esto hemos de recordar lo que se dijo más arriba respecto de la consideración como discriminatoria de toda decisión desfavorable para la trabajadora por razón de su embarazo y/o maternidad³⁶. En caso de que un empresario adopte una decisión desfavorable para la trabajadora por motivo de su embarazo o maternidad próxima o reciente, se podría considerar la conducta como constitutiva de esta infracción muy grave.

En igual situación nos encontraríamos con decisiones del empresario que pudieran ser discriminatorias, motivadas por la previa decisión de los trabajadores –varones o mujeres- de ejercer sus derechos de conciliación. Bien es cierto, como también se dijo arriba, que la cuestión litigiosa concreta en el caso de desavenencias entre empresa y trabajador para ejercer alguno de los derechos de conciliación –adaptación de horarios, cambio de turnos, reducción de jornada- ha de ser resuelto por los órganos jurisdiccionales³⁷. Ello no obstante, si la empresa adoptara alguna decisión negativa para un trabajador que hubiera solicitado el ejercicio de ese derecho, precisamente por el hecho de haberlo solicitado, estaríamos también ante una situación discriminatoria por razón de género, que se reconduciría por esta infracción muy grave del artículo 8.12 TRLISOS. Piénsese, por ejemplo, en la negativa a un ascenso, o en un detrimento en el régimen salarial, o en un traslado motivado precisamente por el ejercicio de estos derechos.

Para los casos de incumplimientos de prevención de riesgos laborales para los riesgos de embarazo y lactancia, tenemos que el empresario puede incumplir la obligación objetiva y genérica de evaluar los riesgos para las trabajadoras embarazadas o en lactancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 LPRL. En este caso, la infracción grave que procedería aplicar es la prevista en el artículo 12.1 TRLISOS. En principio, la falta de evaluación se reconduciría a esta infracción grave. Sin embargo, existe también una infracción muy grave, prevista en el artículo 13.1 TRLISOS, para las conductas del empresario consistente en la inobservancia de las normas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de embarazo. Por lo que podemos plantearnos cuál será la infracción a aplicar. Dado que la evaluación de riesgos que prevé el artículo 26.1 LPRL la hemos considerado de carácter genérico y objetivo, de manera que el empresario ha de tener previstos los riesgos a eliminar en caso de embarazo o lactancia, incluso cuando no tenga trabajadoras embarazadas a su servicio, nos parece más adecuado que, la falta de dicha evaluación se reconduzca a una infracción grave³⁸.

Otra cosa sería que el empresario no hubiera llevado a cabo las medidas preventivas específicas, previstas en el artículo 26 LPRL para una trabajadora concreta que estuviera en situación de

³⁶ Vid., SUPRA pág. 4, en especial nota 11.

³⁷ Vid., SUPRA pág. 9.

³⁸ Sobre el debate doctrinal al respecto, cfr. CARDONA RUBERT, M. B., Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria, cit., pág. 47.

embarazo o lactancia. Por ejemplo, que el empresario no hubiera adaptado el puesto de trabajo, o no le hubiera cambiado de puesto, o no hubiera suspendido el contrato. En ese caso, sí entendemos que estaríamos ante la infracción muy grave del artículo 13.1 TRLISOS.

Por último, cabría entrar a considerar la posibilidad de cometer infracciones en materia de Seguridad Social, relacionadas con las prestaciones de conciliación de la vida familiar y laboral. Concretamente es el caso de la infracción prevista en el artículo 22.14 TRLISOS, en el caso de que se compatibilizara la prestación con el trabajo por cuenta ajena –siempre que el trabajador estuviera en alta en la empresa-. Sería el caso en el que un trabajador compatibiliza la prestación por paternidad, con seguir trabajando en la empresa. Con la peculiaridad de que la infracción prevista en el artículo 22.14 es para el empresario para el que sigue trabajando mientras cobra la prestación por paternidad, incumpliendo así la normativa de Seguridad Social sobre incompatibilidad de trabajo y prestaciones.

Distinto sería el caso de una mujer que estuviera cobrando la prestación de riesgo por embarazo o lactancia, o maternidad, y la empresa le hiciera trabajar simultaneándola. Dado que en el caso de la mujer es una situación desfavorable motivada por el embarazo o parto, entendemos que más que una infracción de Seguridad Social, nos encontraríamos ante la infracción muy grave de discriminación por razón de sexo.

Tal y como venimos sosteniendo a lo largo de la presente comunicación, la materia de igualdad, y dentro de la igualdad la conciliación, es una materia poliédrica, que presenta aspectos laborales, de prevención de riesgos y de Seguridad Social. Ello precisa un estudio integrador, y también precisa que se aborde de manera integrada y unitaria las infracciones, evitando la técnica de espiguelo entre las distintas infracciones administrativas de cada materia. Sería deseable que una reforma de la Ley de infracciones y sanciones abordara de manera separada y unitaria las infracciones de igualdad, estableciendo un elenco específico, dentro de las cuales se encontrarán las infracciones de conciliación de la vida familiar y laboral.

2. REQUERIMIENTOS, ACTAS DE INFRACCIÓN Y PROCEDIMIENTO DE OFICIO

Realizada la actuación investigadora, si se confirma que efectivamente hay incumplimientos en materia de igualdad –concretamente, en materia de conciliación- las medidas que puede adoptar el Inspector actuante son de diversa índole, destacando los requerimientos, las actas de infracción y el procedimiento de oficio ante el órgano jurisdiccional.

A) Requerimientos

Entre las medidas derivadas de la actividad inspectora, el artículo 22 de la Ley 23/2015 prevé la posibilidad de efectuar requerimiento para la adopción de medidas en orden al cumplimiento de la normativa social, otorgando el Inspector actuante un plazo para ello.

Se trata de un requerimiento que podríamos denominar “final”³⁹, es decir, requerimiento como consecuencia de la actuación inspectora, una vez finalizada. Para que el Inspector de Trabajo finalice la actuación con un requerimiento, sin iniciar el procedimiento sancionador propiamente dicho, se exige un requisito fundamental, cual es que no pueda haber perjuicios para los trabajadores, en cuyo caso, sólo cabría iniciar el procedimiento sancionador.

Los requerimientos que denominamos “finales” pueden ser de distinto tipo, según se trate de la materia de prevención de riesgos laborales, de pago de cuotas o en el ámbito laboral propiamente dicho. En el caso que nos ocupa, no ha lugar el requerimiento de pago de cuotas, por lo que nos vamos a centrar sobre todo en el requerimiento laboral, y algo diremos respecto del requerimiento de

³⁹ Cfr. DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., La actuación de la Inspección de Trabajo, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, pág. 196. El autor distingue entre requerimientos “instrumentales”, adoptados en el curso de la actuación inspectora en orden a la propia actividad comprobatoria, y los requerimientos “finales”, que se adoptan al finalizar la actuación comprobatoria, precisamente como resultado de la misma. Aquí nos referiremos en todo caso a los requerimientos finales.

prevención de riesgos laborales, por la protección de la mujer embarazada, en parto reciente o lactancia.

En el ámbito laboral, los apartados 1 y 2 del artículo 22 de la Ley 23/2015 Ordenadora de la Inspección de Trabajo se refieren a los requerimientos, en el primer caso como “sustitutivos” del acta de infracción, y en el segundo como aquéllos que se cursan junto al acta de infracción.

De acuerdo con el apartado primero de dicho artículo 22, el Inspector podrá “advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores o a sus representantes”. Se trata, por tanto, de un requerimiento “sustitutivo” del Acta de Infracción, y que exige como requisito que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores a sus representantes.

La regulación jurídica en la materia es más bien parca y escasa, por lo que no se va a hacer un uso reglado del requerimiento. Serán los Inspectores quienes decidan si, ante una infracción de la normativa, optan por el requerimiento o por el Acta de Infracción que inicie el procedimiento sancionador⁴⁰. En el caso concreto, son los inspectores los que, en virtud de la discrecionalidad administrativa, opten por limitarse a requerir, siempre y cuando no existan perjuicios para los trabajadores.

Esta posibilidad discrecional que tiene la Administración Pública –ejercida en la persona de los Inspectores de Trabajo–, de no iniciar el procedimiento sancionador, es acorde con la naturaleza misma del Derecho Administrativo Sancionador. La Administración Pública tiene encomendada la gestión de los intereses generales. Como parte de esa gestión, ha de garantizar tales intereses generales, para lo que posee el poder coactivo de la sanción. Ahora bien, si en el caso concreto, con la discrecionalidad propia de la Administración, se entiende que no hay perjuicio para los trabajadores, aun habiéndose cometido infracción, el Inspector podrá decidir no iniciar el procedimiento sancionador, y en su lugar requerir para que se subsanen las deficiencias⁴¹.

Ahora bien, parece difícil imaginar un supuesto concreto en que, habiendo una infracción a la normativa sobre conciliación, no haya un perjuicio para los trabajadores, sobre todo para las trabajadoras. Especialmente, si nos encontramos ante la infracción de discriminación por razón de sexo. Es por ello que el ámbito de aplicación del Requerimiento “sustitutivo” queda muy limitado en la práctica para los casos de infracciones de conciliación de la vida familiar y laboral.

Distinto es el caso del Requerimiento previsto en el apartado segundo de ese mismo artículo 22 de la Ley 23/2015, según el cual el Inspector podrá “requerir al sujeto responsable para que, en el plazo que se le señale, adopte las medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden social (...) incluso con su justificación ante el funcionario actuante”. Se trata aquí de un Requerimiento que se cursa junto al Acta de Infracción. Como venimos diciendo, la Administración ha de gestionar los intereses generales, adoptando las medidas necesarias para garantizar la eficacia de la normativa laboral. Si nos encontramos ante un incumplimiento de la normativa de conciliación, de poco serviría si el Inspector se limitase a iniciar el procedimiento sancionador, pero no se asegurase de que cesa la situación discriminatoria o atentatoria contra los derechos de los trabajadores. En tales casos, no sólo ha de iniciar el procedimiento sancionador, sino que junto a ello, habrá de efectuar Requerimiento, para que el empresario adopte las medidas pertinentes, e incluso lo justifique así ante el actuante. Y es que la finalidad de la actuación inspectora no es sancionar, sino lograr la efectividad del

⁴⁰ Cfr. DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., La actuación de la Inspección de Trabajo, cit., pág. 201-202.

⁴¹ El intervencionismo de la Administración Pública para la gestión de intereses generales, requiere adoptar medidas para asegurar su eficacia. Esas medidas pueden ser coercitivas a través de la sanción económica, o igualmente coercitivas a través del requerimiento que obligue a reponer la situación. “Por imperativo constitucional la tarea primordial de la Administración es la gestión (y defensa) de los intereses públicos y generales” NIETO GARCÍA, A., Derecho Administrativo Sancionador, TECNOS, Madrid, 2017, pág. 152. Esta gestión y defensa puede hacerse de distintas maneras, bien sea a través de la sanción propiamente dicha, o a través del requerimiento, siempre y cuando no haya perjuicio para los trabajadores.

cumplimiento de la normativa del orden social⁴². Se trata de asegurar los intereses generales, y para ello además de sancionar en caso de incumplimiento, habrá que requerir el cese de la situación antijurídica. Si bien, también será aquí la discrecionalidad del Inspector actuante la que decida si, junto al inicio del procedimiento sancionador, se efectuará o no Requerimiento, según las circunstancias que se valoren en el caso particular.

En cuanto a los Requerimientos en materia de prevención de riesgos laborales, para los casos en los que los incumplimientos se refieran a la protección de las situaciones de embarazo, parto reciente o lactancia, hay una normativa específica, de prevención de riesgos laborales. Y es que en este ámbito, el Requerimiento no es ya potestativo para el Inspector, sino obligado, en caso de haber defectos de seguridad y salud.

Así, junto a lo previsto en el apartado 2 del artículo 23 L23/2015, tenemos también una normativa específica al respecto en el artículo 43 LPRL, según el cual, “cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social comprobare la existencia de una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, requerirá al empresario para la subsanación de las deficiencias observadas, salvo que por la gravedad e inminencia de los riesgos procediese acordar la paralización prevista en el artículo 44”. Esto es, el Inspector “requerirá”, en imperativo. Y ello por la naturaleza misma del incumplimiento generado, puesto que las deficiencias en seguridad y salud no basta con sancionarlas, sino que se precisa eliminar el riesgo para los trabajadores.

Y todo ello sin perjuicio de que en caso de existir riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de la trabajadora, lo que procede será la paralización, y no el simple requerimiento⁴³.

B) Actas de Infracción

Si de la actuación inspectora se constata la comisión de infracción en materia de conciliación, procederá el inicio del procedimiento sancionador, a través de propuesta de sanción que se hace en el Acta de Infracción.

Es el Acta de Infracción el documento que inicia el procedimiento sancionador propiamente dicho, recogiendo los hechos constatados por el Inspector actuante, cometidos por sujeto responsable, que a su juicio son constitutivos de infracción, y proponiendo la imposición de la sanción –multa–consiguiente⁴⁴.

Los hechos consignados en el Acta de Infracción gozan de presunción de certeza, lo que resulta muy interesante en el ámbito que nos ocupa. En el orden social, la presunción de certeza de las Actas de Infracción se recoge en el artículo 23 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo, que reconoce dotados de presunción de certeza los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo que se formalicen en las actas de infracción y liquidación que se formalicen con los requisitos legales pertinentes. Tradicionalmente, nuestro ordenamiento jurídico ha recogido tal presunción de certeza. Así, los antecedentes a esta norma los encontramos en la Disposición Adicional 4ª.2 de la anterior Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo 42/1997, y anteriormente en la LISOS.

⁴² “El objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto”. NIETO GARCÍA, A., Derecho Administrativo Sancionador, cit., pág. 32.

⁴³ Procedería la paralización inmediata de la actividad de la trabajadora embarazada o lactante, si en su trabajo estuviera sometida a alguno de los agentes incluidos en la lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, recogida en el Anexo VIII del Reglamento de Servicios de Prevención, introducida por RD 298/2009, con la finalidad de promover la seguridad y salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas o en lactancia natural.

⁴⁴ El artículo 53.1 LISOS señala determinados aspectos básicos que deberán caracterizar a cualquier acta de infracción. Tales requisitos se desarrollan en el artículo 14 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social (RPSOS).

La naturaleza jurídica de este instituto es la de valor probatorio especial de las actas de inspección⁴⁵, que implica una simple calidad de prueba –no de prueba plena, la presunción es *iuris tantum*, no *iuris et de iure*-, a valorar por el órgano probatorio. La presunción de certeza de las actas equivale a un principio de prueba de los hechos que se consignan en la misma, que habrá de ser contrastada por el órgano sancionador.

Todo ello nos muestra una paradoja en materia de prueba en el procedimiento, y ello por cuanto en el procedimiento judicial se ha invertido la carga de la prueba para los procedimientos de igualdad, lo que no ha ocurrido en el procedimiento administrativo sancionador, quedando en situación difícil la constatación de hechos por parte de los Inspectores de Trabajo. Una vez constatados los hechos, y consignados en el Acta de Infracción, la presunción de certeza hace que se trate de una prueba “cualificada” en el seno del procedimiento administrativo sancionador, pero no son “prueba plena”, al ser una presunción “*iuris tantum*” y no “*iuris et de iure*”, por lo que la situación en que queda la Administración respecto de la valoración de la prueba es más débil que aquélla en la que queda el órgano juzgador. Y ello supone que el infractor tiene más garantías en el procedimiento administrativo que en el judicial. Ello no es sino una reminiscencia de la consideración de la Administración como arbitraria, mientras que al Juez se le considera imparcial. Sin embargo, con Nieto García entendemos que es preciso “*alterar hasta el mismo fondo los planteamientos tradicionales: no se trata de la Administración contra los ciudadanos (como ahora se piensa) sino del Estado junto con los ciudadanos contra los infractores*”⁴⁶.

Un último aspecto a tomar en consideración en el caso de proponer Acta de Infracción en el ámbito de la conciliación, son las sanciones accesorias previstas en materia de igualdad. La LOI ha introducido el artículo 46 BIS en la LISOS, con sanciones accesorias asociadas a infracciones por discriminación por razón de sexo, consistentes en la pérdida de ayudas, bonificaciones y beneficios asociados a programas de empleo y en la exclusión del acceso a tales conceptos durante un tiempo. Estas sanciones accesorias se podrán sustituir por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así lo determina la Autoridad Laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo.

C) Procedimiento de oficio

Por último, en cuanto a las medidas que puede adoptar el Inspector actuante, la LOI ha introducido también la posibilidad de que se inicie el procedimiento de oficio cuando se constate la discriminación por razón de sexo y haya perjuicio para los trabajadores, para que sea el órgano jurisdiccional el que determine la indemnización correspondiente a los trabajadores, con independencia de que se haya extendido o no acta, y pudiendo coexistir con la misma o ser autónoma. Si bien, entendemos que, dado que hay perjuicio para los trabajadores, lo habitual será haber extendido Acta de Infracción, tal y como dijimos más arriba en relación con los Requerimientos “sustitutivos”⁴⁷. El procedimiento a seguir viene regulado en el artículo 148 c) de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

V. CONCLUSIONES

A lo largo de la presente comunicación, se ha tratado sobre la actuación de la Inspección de Trabajo en relación con los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, enmarcados en la materia de igualdad, de la que forman parte. Se ha tratado de abordar el tema de manera integradora, desde las perspectivas laboral, de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales. Para ello, en primer lugar se ha tratado sobre el instituto jurídico de la conciliación de la vida familiar y laboral, visto desde las distintas perspectivas señaladas, para luego pasar a referirnos a la actuación de la

⁴⁵ En este sentido, cfr. BLASCO PELLICER, A., El procedimiento administrativo sancionador en el orden social, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 95 y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., El procedimiento sancionador y los derechos fundamentales, Civitas, Pamplona, 2017, pág. 415.

⁴⁶ NIETO GARCÍA, A., Derecho Administrativo Sancionador, cit., pág. 36.

⁴⁷ Vid., SUPRA, pág. 17.

Inspección de Trabajo en ese ámbito, desde el inicio de la actuación hasta las medidas a adoptar en caso de incumplimientos a la normativa.

A lo largo del estudio realizado, se han ido poniendo de manifiesto algunas “zonas grises”, con debilidades que hacen más difícil la consecución del objetivo a alcanzar, cual es la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito laboral.

Es por ello que, de acuerdo con la investigación llevada a cabo en la presente comunicación, se realizan las siguientes propuestas de *lege ferenda*:

1. Crear las unidades especializadas en materia de igualdad en las Inspecciones Provinciales, con Inspectores adscritos a las mismas con especialización funcional en la materia, para que puedan investigar las situaciones de manera integral.
2. Clarificar el sistema de infracciones administrativas, creando un listado de infracciones específicas en materia de igualdad, de manera separada e independiente del resto de infracciones laborales. Dentro de tales infracciones de igualdad, tipificar infracciones específicas para los supuestos de incumplimiento de la normativa de conciliación de la vida familiar y laboral.
3. Invertir la carga de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador en los casos en los que se investigue la situación de discriminación por razón de sexo.
4. Incluir la situación de parto reciente en el apartado segundo del artículo 26 LPRL, para que se incluya la medida de cambio de puesto de trabajo o función en tales casos.

CAPÍTULO XVI. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA: POSIBLE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

RAQUEL POQUET CATALÁ

*Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la incorporación de la mujer al trabajo ha evidenciado la necesidad de conciliar vida laboral y vida familiar. De ahí, la promulgación de las diversas normas al respecto, desde la Ley 39/1999 hasta la LO 3/2007. Se trata, en definitiva, de proteger los derechos de las trabajadoras y los trabajadores en relación con su vida familiar. De entre todos ellos, la protección de la maternidad alcanza su máximo punto con la regulación de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, entre otras.

Así, el art. 45.1 e) regula como un supuesto de suspensión del contrato el riesgo durante el embarazo, el cual viene regulado en el art. 26 LPRL y los arts. 186 y 187 LGSS. Por otro lado, el art. 53.4 ET declara nulo el despido efectuado por este motivo. Todo ello, nos lleva a considerar aquella posible situación discriminatoria de las mujeres trabajadoras que no son dadas de alta en la Seguridad Social pese a haber sido seleccionadas de una bolsa de trabajo para ocupar un puesto de trabajo de interinidad por el hecho de estar en situación de riesgo por embarazo.

Se trata, pues, de determinar la interpretación que debe darse a la dicción legal del acto administrativo de alta y si puede ser vinculado con carácter general, “*al inicio de la actividad laboral*”, pero también puede ampliarse a una situación conexas a la misma, esto es, a las mujeres en situación de riesgo por embarazo. De esta forma, la anulación del alta supone una limitación de las “legítimas expectativas de la mujer, fundado en las circunstancias antes referidas, lo que lesiona el artículo 14 de la CE, por la restricción de los derechos y expectativas vinculadas a la maternidad, que comportan consecuencias negativas y perjudiciales para la embarazada que, por razón de la biología, afecta únicamente a la mujer. Teniendo en cuenta que el reconocimiento de esos derechos, y la protección y garantías dispensadas por el ordenamiento jurídico, se encuentran concebidas para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo significativo la posición laboral de la mujer por causa de la maternidad”.¹

En definitiva, considerar que aquellas mujeres trabajadoras en situación de riesgo por embarazo no tienen la aptitud suficiente para ser contratada, por considerar que necesitan haber iniciado la actividad laboral con anterioridad, supone situar a la mujer embarazada en una situación de desventaja por este simple hecho.

¹ STS, sala de lo contencioso-administrativo, de 26 de febrero de 2018, rec. núm. 1306/2017.

II. NORMATIVA

La protección de la mujer trabajadora embarazada o en período de lactancia ya vino establecida por la OIT en su Convenio núm. 103² así como en la Recomendación núm. 95³, previendo, a tal efecto, una serie de medidas preventivas para la salud laboral de las trabajadoras en dichas situaciones. De hecho, la Recomendación núm. 95 invita a la prohibición a las trabajadoras embarazadas o lactantes que realicen trabajo nocturno, así como horas extraordinarias, y trabajos que impliquen levantar o empujar grandes pesos, que exijan un esfuerzo físico excesivo, un equilibrio especial o la utilización de máquinas de trepidación.

Posteriormente, el Convenio núm. 183 OIT⁴ establece la necesidad de adoptar medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las trabajadoras embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido, mediante evaluación, que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo. Como complemento de este Convenio, la Recomendación núm. 191⁵ prevé la adopción de medidas para garantizar la evaluación de todo riesgo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo, la comunicación de los resultados de dicha evaluación a la mujer, así como en caso de determinarse la existencia de un riesgo significativo la adopción de medidas que, bajo la presentación de un certificado médico, se refieran a eliminar el riesgo, y en el caso de que no sea posible, adaptar las condiciones de trabajo, y en el caso de no ser posible trasladarla a otro puesto, sin pérdida de salario, y por último una licencia remunerada cuando el traslado no sea posible.

En el ámbito comunitario, tanto la Directiva Marco 89/391/CEE⁶ como la Directiva 92/85/CEE⁷ establecen medidas tendentes a evitar a la mujer embarazada o en período de lactancia la exposición a determinados riesgos que podrían ser perjudiciales para su salud o la del feto⁸. En esta segunda directiva se intenta recoger de modo completo la problemática de la protección de la trabajadora embarazada o en período de lactancia. En este sentido, incorpora medidas dirigidas a su protección durante la prestación de servicios, el reconocimiento de los permisos de maternidad, de los permisos para exámenes prenatales, la prohibición del despido durante el embarazo, así como el mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo, y en materia de seguridad y salud, establece la obligación de realización de la evaluación de riesgos.

En el ámbito nacional, destaca el art. 26 LPRL que fue modificado por la Ley 39/1999⁹ y la LO 3/2007¹⁰. Concretamente, su apartado 4 considera a la trabajadora en situación de riesgo durante el embarazo como uno de los colectivos de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, y por consiguiente, tienen derecho a una mayor protección que el resto de trabajadores.

III. SITUACIÓN PROTEGIDA EN LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

Como se ha señalado, es el art. 26 LPRL el que regula la prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. No obstante, no delimita de forma clara los sujetos protegidos. De hecho, el art. 2 Directiva 92/85/CEE define los sujetos protegidos de la misma, esto es, trabajadoras

² De 28 de junio de 1952, sobre la protección de la maternidad.

³ De 28 de junio de 1952, sobre la protección de la maternidad.

⁴ De 15 de junio de 2000, sobre la protección de la maternidad.

⁵ De 15 de junio de 2000, sobre la protección de la maternidad.

⁶ De 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

⁷ De 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia.

⁸ BALLESTER PASTOR, M.A., (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

⁹ De 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

¹⁰ De 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

embarazadas, que hayan dado a luz, o se encuentren en período de lactancia, estableciendo al efecto que lo es aquella que “*comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales*”. Pero su trasposición no se ha llevado de forma completa, lo cual ha dado lugar a problemas interpretativos en relación al alcance de la protección de las mujeres en situación de embarazo y lactancia.

De esta forma, la determinación de las trabajadoras embarazadas según la citada Directiva, serán aquellas que comuniquen su estado al empresario. Por tanto, a pesar de que en el derecho interno la notificación no constituye requisito necesario, la misma resulta conveniente cuando la trabajadora tenga conocimiento, a través de la evaluación de riesgos, de que las condiciones del puesto pueden suponer un riesgo para su salud o la del feto¹¹. Es decir, cabe entender que no se puede exigir a la mujer trabajadora que debe comunicar su estado al empresario, pues el embarazo pertenece al ámbito de la intimidad de la mujer trabajadora. No obstante, para que se pueda activar la protección del art. 26 LPRL será necesario que, en el caso de que el estado no sea notorio, que la trabajadora comunique su estado al empresario. De lo anterior se deduce que la obligación genérica de los trabajadores de “*cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores*” del art. 29.2.6 LPRL no puede interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación.

Es decir, debe diferenciarse, por un lado, que la trabajadora no tiene que informar al empresario de su estado de embarazo, pues ello pertenece al ámbito del derecho a la intimidad de la misma¹², pero en materia de seguridad y salud laboral, y a efectos de que despliegue sus efectos el art. 26 LPRL, la comunicación del estado de embarazo al empresario se configura como elemento esencial. De hecho, nuestro alto tribunal¹³ ha declarado la nulidad de los despidos de trabajadoras embarazadas, con independencia del conocimiento del empresario y sin necesidad de la existencia de una prueba indiciaria que condujere al empresario a tener que probar su desconocimiento.

La cuestión se halla pues que en el ámbito de prevención de riesgos laborales, y para que el empresario pueda proceder a aplicar las medidas del art. 26 LPRL, se requiere realizar una evaluación de los riesgos para la mujer en estado de gestación o embarazo. Para ello, se plantean dos cuestiones. Por un lado, la comunicación-información del empresario a las trabajadoras embarazadas o que pudieran estarlo, de los riesgos exigentes en su puesto de trabajo, y por otro lado, la comunicación por parte de la trabajadora embarazada o en período de lactancia de su situación al empresario. Respecto de la primera, el art. 4.2 Directiva 92/85/CEE reconoce a las trabajadoras el derecho a ser informadas de los resultados de la evaluación y de las medidas preventivas que se toman en relación con aquellos riesgos específicos a los que se puedan ver sometidas, mientras que el art. 26 LPRL no establece nada al respecto, lo que plantea problemas interpretativos. No obstante, la doctrina¹⁴ estima que el empresario queda obligado a informar de dichos riesgos en virtud del art. 18.1 LPRL.

En cuanto a la comunicación de la trabajadora de su estado, como se ha señalado, el art. 26 LPRL no establece nada al respecto, lo cual lleva a plantear si las obligaciones del empresario derivadas del art. 26 LPRL dependen de un hipotético deber de la trabajadora de informar al empresario de su estado de gestación. La doctrina judicial¹⁵ considera que el hecho de que la normativa interna no haya recogido lo establecido en la Directiva supone una mejora, entendiendo que el embarazo pertenece al ámbito del derecho a la intimidad de la trabajadora, pero en relación con el cumplimiento de las medidas preventivas, no se podrá exigir responsabilidad al empresario si la trabajadora no comunica su estado. Es más, el art. 29.2.4 LPRL establece la obligación de los trabajadores de informar de inmediato a su superior jerárquico de cualquier situación que entrañe un

¹¹ ARAMENDI SÁNCHEZ, P., *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 311.

¹² STJUE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark, C-109/2000.

¹³ STC 92/2008, de 21 de julio.

¹⁴ ARAMENDI SÁNCHEZ, P., *Ley de Prevención de... op. cit.* p. 311.

¹⁵ STSJ Madrid, de 18 de mayo de 2000, rec. núm. 1078/2000.

riesgo para su seguridad y salud, lo cual, en cierta forma, está obligando a la trabajadora a cumplir con dicha comunicación. Por tanto, lo más coherente es que se comunique al empresario el estado en el que se encuentra para que éste pueda tomar las medidas oportunas y dar cumplimiento a la LPRL.

Ante esta escasa regulación, se hace una llamada a la negociación colectiva, para que concrete y supla los vacíos legales. Es decir, el convenio colectivo se convierte en este sentido en un instrumento fundamental para regular una protección lo más adecuada posible a la situación y condiciones de trabajo. De cualquier forma, si se analiza la negociación colectiva al respecto se puede observar como la mayoría de los convenios o bien copian literalmente la LPRL¹⁶, o bien hacen una remisión a la misma¹⁷, sin establecer ninguna previsión complementaria al respecto.

Como es sabido, el art. 26 LPRL establece una serie de medidas a tomar por parte del empresario de forma escalonada, de tal manera que, ante la imposibilidad de aplicación de la primera, se aplica la segunda y así sucesivamente. La adaptación del puesto de trabajo es la medida prioritaria a tener en cuenta para evitar las exposiciones de las trabajadoras embarazadas a los riesgos específicos que les afectan. Concretamente, se prevé la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. Es, sin duda, la medida que menos perjudica al estatus de la mujer. Ello proporciona una continuidad en el trabajo de la mujer, que elimina la necesidad de que tenga que ausentarse del mismo un largo período de tiempo, al que obligatoriamente unirá la maternidad. Desde la perspectiva de la empresa, la adaptación de la trabajadora no parece una cuestión sencilla.

En segundo lugar, y siguiendo el orden indicado por el citado precepto, una vez que se haya intentado adaptar el puesto de trabajo y/o las condiciones de trabajo y no se puedan eliminar los riesgos, bien por imposibilidad técnica u organizativa, bien porque realizando las adaptaciones los riesgos siguen presentes, certificándose tal circunstancia por los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, la siguiente medida es el cambio de puesto de trabajo, concretamente, el cambio a otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional, para lo cual será necesario, en primer lugar, determinar cuáles son los puestos exentos de riesgos que no van a perjudicar a la trabajadora ni al feto. Estos puestos a los que puede ser cambiada la trabajadora deben ser determinados previa consulta con los representantes de los trabajadores. En este sentido, se debe recurrir pues, a la movilidad funcional ordinaria siguiendo, pues, lo establecido en el art. 39.1 y 39.3 ET.

En tercer lugar, en el supuesto de que este cambio tampoco sea suficiente para evitar los riesgos, o sea imposible por no existir puestos, se procedería a una movilidad funcional extraordinaria, esto es, el cambio a otro puesto de trabajo de diferente grupo profesional, superior o inferior, siguiendo el procedimiento del art. 39.2 y 39.4 ET, teniendo presente que en este caso, no se producirá nunca la consolidación del nuevo puesto. Cabe tener presente que estos cambios deberán hacerse teniendo en cuenta las titulaciones académicas y profesionales precisas para realizar correctamente la prestación laboral, además de respetarse, en todo caso, a la dignidad de la trabajadora. Por último, en el supuesto de que esta movilidad extraordinaria no sea tampoco posible o no sea suficiente, se procederá a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo regulada en los arts. 186 y 187 LGSS.

En definitiva, la situación protegida es, pues, “el período de suspensión del contrato de trabajo nacido de la imposibilidad técnica o la inexigibilidad del traslado de puesto de trabajo de la trabajadora embarazada cuando el ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o la del

¹⁶ Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, Resol. de 23 de marzo 2018; XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, Resol. de 22 de febrero 2018; Convenio colectivo del sector de empresas organizadoras del juego del bingo, Resol. de 21 de septiembre 2017.

¹⁷ Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, Resol. de 22 de febrero 2018; Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2017-2018, Resol. de 8 de enero 2018; II Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora, Resol. de 27 de noviembre 2017; Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio, Resol. de 6 de octubre 2017.

feto. Se trata de una situación configurada desde la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 26, y que constituye la última medida a adoptar en tales casos de existencia de riesgo laboral para el estado biológico de la trabajadora, en relación de subsidiariedad con la adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso el traslado de puesto, y que opera cuando estas medidas no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas¹⁸. En otras palabras, se considera situación protegida la suspensión del contrato, con reserva de puesto de trabajo, cuando la trabajadora debiendo cambiar de puesto de trabajo no sea técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados¹⁹.

La situación protegida no radica en la producción efectiva de un daño a la salud de la trabajadora o al feto, sino que se produce con la sola constatación de una situación de riesgo de generación de ese daño²⁰, incluyendo pues los supuestos de requerimientos físicos como cargar pesos, permanecer de pie, realizar posturas forzadas, o trabajar en condiciones ambientales desfavorables relativas a la temperatura o alto nivel de ruido²¹, o los casos del personal sanitario con riesgo de exposición a radiaciones ionizantes²².

IV. PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

En materia de Seguridad Social esta prestación, como se ha señalado, está regulada en los arts. 186 y 187 LGSS, los cuales prevén una prestación económica consistente en la percepción de un subsidio sustitutivo del salario durante el período de suspensión del contrato, cuya finalidad no es reparar o compensar un daño o una situación de necesidad ya actualizada, sino una prestación preventiva que busca evitar la materialización del riesgo en daño preservando la salud de la trabajadora²³. Es decir, pretende proteger la situación de necesidad originada cuando se constata que existe una incompatibilidad entre el desempeño de la actividad laboral y la situación de embarazo. La concreción subjetiva y temporal de la contingencia tiene lugar con la suspensión del contrato de trabajo ya que, tal medida implica que la trabajadora deja de percibir su salario, generándose así la situación de necesidad que merece la protección que se dispensa.

La incorporación de esta prestación en el ordenamiento jurídico supuso la confirmación de la opción definitiva que supone hacer recaer el coste de la dispensa del trabajo por riesgo durante el embarazo sobre el sistema de la Seguridad Social, apartándose de aquellas posiciones doctrinales que serían hacer recaer dicho coste sobre el empresario²⁴.

1. REQUISITOS DE LA PRESTACIÓN. EN ESPECIAL, EL ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Según el art. 187.1 LGSS los requisitos para poder acceder a esta prestación son los mismos que los previstos para “*la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, con las particularidades establecidas en los apartados siguientes*”. Es decir, se exige únicamente, según el art. 165.1

¹⁸ STSJ Navarra, de 27 de marzo de 2002, rec. núm. 36/2002.

¹⁹ SSTSJ Galicia, de 30 de mayo de 2014, rec. núm. 497/2012; Castilla y León, de 30 de diciembre de 2005, rec. núm. 2292/2005. En cambio, según la STSJ Asturias, de 28 de noviembre de 2017, rec. núm. 2432/2017, no se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado.

²⁰ SSTSJ Cataluña, de 1 de junio de 2004, rec. núm. 2219/2003; Extremadura, de 30 de diciembre de 2009, rec. núm. 542/2009.

²¹ SSTSJ Baleares, de 5 de junio de 2006, rec. núm. 228/2006, en relación con una cajera de supermercado; Aragón, de 12 de diciembre de 2007, rec. núm. 1000/2007, con una camarera; Andalucía, de 29 de enero de 2004, rec. núm. 2596/2003, para una tripulante auxiliar en una empresa ferroviaria.

²² STSJ Galicia, de 9 de mayo de 2016, rec. núm. 2558/2015.

²³ VIDA SORIA, J. (Dir.), *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*. Valladolid: Lex Nova, 2005. p. 365.

²⁴ MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A.M.; PARDELL VEÁ, A., “La prestación por riesgo durante el embarazo: a propósito del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, núm. 228, 2002, p. 6.

LGSS, “*estar afiliado y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario*”.

Por tanto, dos son los requisitos para acceder a esta prestación, cuales son, estar afiliada y en alta o situación asimilada al alta. En cuanto al requisito de la afiliación no se plantean problemas, pero cuando se trata del alta o situación asimilada al alta, sí surgen discrepancias, siendo una de ellas, el de considerar si una mujer embarazada en situación de riesgo durante el mismo puede ser considerada como una situación conexas al alta. Según el art. 6 RD 84/1996²⁵, la afiliación es el acto administrativo mediante el que se reconoce a la persona la condición de incluida en el sistema de la Seguridad Social cuando es la primera vez que realiza una actividad determinante de su inclusión. Constituye un acto único, válido para toda la vida y para todo el sistema de la Seguridad Social, en cualquier régimen, aunque luego se cambie de empresa o actividad, obligatorio para todas las personas comprendidas en el campo de aplicación.

Por su parte, según el art. 7 RD 84/1996, el alta es el acto administrativo mediante el cual se reconoce a la persona que inicia una actividad o se encuentre en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del régimen de Seguridad Social que corresponda en función de la naturaleza de la actividad o de la situación, y con el que se procede a la inclusión en uno o varios regímenes de Seguridad Social.

Pueden diferenciarse tres clases de alta²⁶. En primer lugar, el alta “real”, esto es, la que se produce con el ingreso en el trabajo o el inicio de la actividad profesional y que se mantiene en tanto en cuanto el trabajador presta sus servicios o desarrolla su actividad; y cuya función es la de establecer un control de la persistencia de la profesionalidad en el marco de una modalidad de protección contributiva²⁷. En segundo lugar, el alta “asimilada” o “situación asimilada al alta”, que es aquella que ha creado el legislador para los supuestos de suspensión o de extinción de las actividades laborales o profesionales en las cuales se produciría la baja en la relación de Seguridad Social y que, sin embargo, permiten mantenerla y proteger así al trabajador. Esta modalidad se configura como uno de los “dispositivos legales de relativización del requisito de alta”²⁸, constituyendo una ficción jurídica a través de la cual se da por cumplido el requisito del alta y, por lo tanto, se posibilita el acceso a las prestaciones²⁹, y en la que el legislador equipara voluntariamente algo que sabe que es desigual, aplicando la regla dada para un supuesto de hecho a otro diferente³⁰. En tercer lugar, se halla el alta “presunta” o “de pleno derecho”, que es aquella situación en que existe actividad normal de trabajo y, por tanto, debería existir alta real, pero en la que el empresario ha incumplido sus obligaciones, ante lo cual el legislador otorga la protección automáticamente al trabajador, de manera que el trabajador no tenga que soportar las consecuencias del incumplimiento empresarial, en relación con las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, desempleo o asistencia sanitaria consecuencia de enfermedad común, maternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural y accidente no laboral.

Por tanto, como se observa, el ordenamiento sobre Seguridad Social contempla la posibilidad de que los sujetos incluidos en el sistema de Seguridad Social puedan acceder a sus prestaciones contributivas desde una situación de inactividad laboral o profesional.

Tal y como se ha adelantado, las situaciones asimiladas a la de alta se caracterizan porque la ley dispone que se consideran como si estuvieran en situación de alta determinadas personas que no

²⁵ De 26 de enero, Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

²⁶ BLASCO LAHOZ, J. F.; LÓPEZ GANDÍA, J.; MOMPALER CARRASCO, M. A. *Curso de Seguridad Social I. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 177.

²⁷ STS de 17 de abril de 2000, rec. núm. 5044/1998.

²⁸ SEMPÈRE NAVARRO, A. V.; BARRIOS BAUDOR, G. L., “La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social”, *AS*, núm. 8, 1998, p. 1; FERNÁNDEZ PROL, F. “Excedencia por cuidado de familiares y Seguridad Social”, *RDS*, núm. 104, 2003, p. 104.

²⁹ BARRIOS BAUDOR, G. L. *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 54.

³⁰ BLASCO LAHOZ, J. F., “El acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social desde una situación de inactividad laboral o profesional”, *AS*, núm. 18, 2010 (versión on line)

reúnen los requisitos materiales al efecto, por no ejercer una actividad laboral o profesional efectiva³¹ y, por tanto, esta técnica significa que continúan comprendidos en el campo de aplicación del régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados quienes, aun habiendo cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho régimen, se encuentren en alguna de las situaciones asimiladas a la de alta.

Así, a partir de los arts. 166 LGSS y 36 RD 84/1996, se consideran situaciones asimiladas a la de alta establecidas legal o reglamentariamente³² la situación de desempleo total y subsidiado; el período de vacaciones no disfrutadas; la excedencia para el cuidado de hijos con reserva de puesto trabajo; la suspensión del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género; la excedencia forzosa; el traslado por la empresa fuera del territorio nacional; la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social; el paro involuntario una vez agotada la prestación o subsidio por desempleo; los períodos de inactividad entre trabajos de temporada; los períodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977³³; la situación de aquellos trabajadores que no se encuentren en alta ni en ninguna otra de las situaciones asimiladas a la de alta, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional de la Orden de 15 de abril de 1969, sobre prestaciones por invalidez en el RGSS; los días que resulten cotizados, pero que no correspondan con los de prestación de servicios (aplicable a los colectivos de artistas en espectáculos públicos y de profesionales taurinos); la situación de baja de los trabajadores por cuenta ajena que hubieran permanecido en situación de alta durante un período mínimo de noventa días dentro de los trescientos sesenta y cinco días naturales inmediatamente anteriores al de la baja, conforme a lo previsto en el art. 6 del Decreto 2766/1967³⁴; los trabajadores despedidos que tengan pendiente de resolución ante la jurisdicción social demanda por despido improcedente o nulo (a efectos de la asistencia sanitaria); las situaciones previstas en el art. 2 RD 625/1985³⁵, (a efectos de las prestaciones por desempleo); el desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el art. 71 Decreto 3772/1972³⁶; el período de noventa días naturales siguientes al último día del mes en que se produzca la baja (para los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos).

Como se observa pues, y tal y como también estima la doctrina, existe una gran variedad de situaciones asimiladas a la de alta que dificultan los intentos de concepción y clasificación con criterios unitarios y con vocación universal³⁷, y, en consecuencia, su enumeración supone una ordenación dispersa y caótica, que se construye mediante la adición de supuestos de hecho que contemplan una pluralidad de situaciones heterogéneas que, en múltiples ocasiones, no guardan ninguna relación entre sí, incluyendo supuestos de ausencia total de prestación de servicios, como en el caso del desempleo total subsidiado o paro involuntario no subsidiario, junto con situaciones en las que la relación laboral se encuentra en suspenso, como la excedencia o período de inactividad en determinados trabajos de temporada, e incluso supuestos en los que existe una real y efectiva prestación de servicios por parte del trabajador, como traslados efectuados por la empresa fuera del territorio nacional, junto a prestaciones del propio sistema de protección social; existiendo, unos casos de asimilación al alta plena o limitada a varias o a una sola de las prestaciones de la Seguridad Social, y, por lo que se refiere a la obligación de cotizar, en unos casos está acompañada plenamente la situación asimilada a la de alta, como la prestación por desempleo y en otros aparece limitada,

³¹ MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, M.N., (Dir.) *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Granada, Comares, 1999, p. 1352.

³² BLASCO LAHOZ, J. F., "El acceso a las... *op. cit.*"

³³ De 15 de octubre, de amnistía.

³⁴ De 16 de noviembre, por el que se regula las prestaciones y ordenación de servicios médicos de la asistencia sanitaria en el RGSS.

³⁵ De 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley de 2 de agosto de 1984, de protección por desempleo.

³⁶ De 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general del Régimen Especial Agrario.

³⁷ ALONSO OLEA, M.; TORTUERO PLAZA, J. L. *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2000, p. 444.

como el convenio especial, constituyendo, en suma, un catálogo de situaciones asimiladas a la de alta extenso y variopinto³⁸.

A dichas situaciones asimiladas a la de alta cabe añadir otras situaciones que nacen como consecuencia de la flexibilización del propio concepto de situación asimilada a la de alta llevada a cabo por la doctrina judicial, según la cual el requisito de estar en alta o en situación asimilada a la de alta no debe ser exigido en todos los casos con rigor formalista, sino que ha de ser interpretado en un sentido humano e individualizador, acorde con la realidad de cada supuesto y tendente a paliar el real infortunio de los trabajadores³⁹; flexibilización que no supone, en absoluto, la desaparición del requisito de encontrarse en alta o situación asimilada a la de alta exigido legalmente⁴⁰, pero que sí implica tratar de evitar que se abra una vía aleatoria de exclusión de la protección en atención a determinadas circunstancias ajenas a la voluntad del trabajador que impidan la conservación del alta o de una situación asimilada a la de alta cuando realmente existía o estaba desarrollándose una situación que hubiera debido ser objeto de protección específica por la Seguridad Social⁴¹.

En este sentido, nuestro alto tribunal⁴², ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente y considerar que también se debe considerar como situación conexas al alta la de aquella trabajadora que se encuentra en período de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, pues la mención genérica de “*mujer trabajadora*” del art. 186 LGSS es una referencia general y no una específica prohibición a quien no ha iniciado la actividad laboral, pero ya ha sido “contratada” para el puesto de trabajo. Es decir, cabe entender como situación de alta aquella mujer en situación de riesgo por embarazo que no puede iniciar la prestación de servicios por dicha razón, cuando ya ha sido seleccionada de la bolsa de trabajo, y se ha procedido a su nombramiento para el puesto de trabajo. “Ciertamente el nivel contributivo, dentro del sistema de Seguridad Social, que se nutre por vía de las cotizaciones, y que incluye el riesgo durante el embarazo, ligado al inicio de la actividad o a la prestación de servicios, no impide que cualquier trabajadora recién contratada, y habiendo iniciado su actividad laboral un día o unas horas antes pudiera tener acceso a la prestación económica por riesgo durante el embarazo”⁴³.

V. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

El principio de igualdad de trato y no discriminación es reconocido por normas internacionales, comunitarias e internas. Cabe citar, por un lado, el art. 14 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁴⁴, así como el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁵, o el Convenio núm. 111 OIT⁴⁶, el cual define la discriminación como “*cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen racial que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades de trato en el empleo y la ocupación*”.

El Convenio núm. 111 destaca por recoger una visión avanzada del derecho al defender no sólo la igualdad formal, sino también material en tanto que establece que los Estados miembros han de poner en práctica una política nacional que promueva la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la ocupación para erradicar la discriminación y, además, admite el recurso a las medidas de acción positiva que tendrán carácter temporal y se adoptarán a favor del colectivo tutelado mientras dure la situación discriminatoria (art. 5).

³⁸ BLASCO LAHOZ, J. F., “El acceso a las... *op. cit.*”

³⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V.; BARRIOS BAUDOR, G. L., “La situación de alta... *op. cit.*”

⁴⁰ SSTs de 21 de marzo de 2006, rec. núm. 2003/2004; de 4 de abril de 2007, rec. núm. 4698/2005; de 30 de junio de 2008, rec. núm. 4107/2006.

⁴¹ STS de 17 de abril de 2000, rec. núm. 5044/1998.

⁴² STS de 26 de febrero de 2018, rec. núm. 1306/2017.

⁴³ STS de 26 de febrero de 2018, rec. núm. 1306/2017.

⁴⁴ De 4 de noviembre de 1950.

⁴⁵ De 16 de diciembre de 1966.

⁴⁶ De 25 de junio de 1958, relativo a la discriminación en el empleo y la ocupación.

Asimismo, el principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo encuentra reflejo en el Convenio núm. 122 OIT⁴⁷ sobre política de empleo o en el Convenio núm. 156 OIT⁴⁸ sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

A nivel comunitario es la Directiva 2006/54⁴⁹ la que tiene por objeto “*garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*” (art. 1), definiendo en su art. 2 la discriminación directa como la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable, y discriminación indirecta como aquella “*situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*”, y en su apartado c) incluye dentro del concepto de discriminación a aquel “*trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85*”.

La doctrina judicial comunitaria considera que la no discriminación a las mujeres trabajadoras por circunstancias relacionadas con la maternidad tiene su razón de ser en “que, en su relación laboral, las trabajadoras están protegidas frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad y que una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad es víctima de una discriminación por razón de su embarazo y de ese permiso”⁵⁰. Se considera que, “*dado que la Directiva 76/207/CEE aspira a una igualdad material y no formal, las disposiciones de los artículos 2, apartados 1 y 3, y 3 de dicha Directiva deben interpretarse en el sentido de que prohíben cualquier discriminación de una trabajadora debida a un permiso de maternidad o relativa a dicho permiso, cuya finalidad es proteger a la mujer embarazada, sin que proceda tener en cuenta si esa discriminación afecta a una relación laboral existente o a una nueva*”⁵¹.

En nuestro Derecho interno, el art. 14 CE prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo, estableciéndose la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral en el art. 35 CE. Por su parte, la LO 3/2007, en su art. 7, recoge las definiciones de la Directiva 2006/54 en relación a la discriminación directa e indirecta. A nivel laboral, es el art. 17 ET el que prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo.

La doctrina considera que la discriminación directa constituye el “*primer peldaño de la prohibición de la discriminación, absolutamente básico y fundamental y, por tanto, inderogable*”⁵², esto es, “*el núcleo fundamental de la indirección de la discriminación por razón de sexo*”⁵³. La definición que ofrece el art. 6 LO 3/2007 se construye a partir de diversos elementos. En primer lugar, un concepto bilateral de la discriminación directa, ya que hace referencia a “*una persona*”, lo cual puede ser un hombre o una mujer. En segundo lugar, un tratamiento desfavorable al indicar “*sea, haya sido o pudiera ser tratada, de manera menos favorable*”. En tercer lugar, un elemento comparativo al señalar “*que otra en situación comparable*”. Y, por último, un elemento causal al indicar “*en atención a su sexo*”. En definitiva, la discriminación directa se sintetiza en aquel trato dado a una persona, siendo por regla general una mujer, cuya causa inmediata son los prejuicios de género determinantes de la situación de subordinación de las mujeres con respecto a los hombres.

El aspecto más relevante de la definición de discriminación directa es el comparador hipotético, según el cual, existe discriminación directa no solo cuando una persona sea o haya sido tratada de

⁴⁷ De 9 de julio de 1964, sobre la política del empleo.

⁴⁸ De 23 de junio de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

⁴⁹ De 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación.

⁵⁰ STJUE de 18 de noviembre de 2004, asunto Sass C., C-284/2002. En el mismo sentido, STJUE de 16 de febrero de 2006, asunto Sarkatzis, C-294/2004.

⁵¹ STJUE de 16 de febrero de 2006, asunto Sarkatzis, C-294/2004.

⁵² REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 68.

⁵³ SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.; AZNAR GÓMEZ, M. (Coords.), *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 365.

modo menos favorable por razón de sexo sino también cuando pudiera ser tratada de modo menos favorable por esta causa. El comparador hipotético introduce una nueva perspectiva en el concepto de discriminación directa, porque permite considerar que concurre a partir de comportamientos genéricos del empresario en relación con el colectivo masculino y femenino. Dicho comparador permite que a la hora de aportar indicios de discriminación directa no sea necesario para la demandante buscar un comparador masculino idéntico ni similar, sino que la prueba de indicios implica que es suficiente con una evidencia, conforme al comportamiento general de la empresa, de que su actuación hubiera sido diferente en el caso de que la reclamante hubiera sido un hombre y no una mujer⁵⁴.

Además, las discriminaciones directas pueden ser abiertas y ocultas o encubiertas⁵⁵, que son aquéllas en las que existen razones aparentes para la diferencia de trato aunque, en verdad, es la circunstancia personal o social la que ha sido tomada en cuenta y ha influido en el establecimiento de la diferencia. Así, aunque la causa del tratamiento diverso es aquel factor diferencial, se esconde bajo denominaciones o instituciones en las que la trascendencia del factor es secundaria o no es en absoluto evidente, aparecerá una causa distinta para establecer una diferencia de trato perjudicial⁵⁶. Pese a la doctrina que considera la diferencia entre la discriminación encubierta y la indirecta en base a la ausencia de intencionalidad o finalidad discriminatoria de la segunda, una nueva línea doctrinal sostiene que, en ambas, se localiza la presunción de una finalidad discriminatoria pero en la discriminación indirecta la presunción es tan fuerte que hace difícil al actor de la medida la prueba de la neutralidad de la misma⁵⁷. Por su parte, la discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, esto es, una disposición legal o reglamentaria, o una cláusula convencional o contractual, o un pacto individual sitúa a las personas pertenecientes a los colectivos referidos en desventaja particular con respecto al resto, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. Esto es, se deberá probar la proporcionalidad y la necesidad de la medida que se presenta como aparentemente neutra, en el sentido de que no se pueda lograr el objetivo recurriendo a otras medidas menos perjudiciales⁵⁸.

Así se estima que considerar que una mujer embarazada, en situación de riesgo por embarazo, no tiene “aptitud ni capacidad” para ser contratada, porque necesita haber iniciado la actividad laboral, supone tanto como negar la plena integración de la mujer embarazada, a todos los efectos, en una bolsa de trabajo, pues cuando llega su turno, y resulta seleccionada, nombrada y contratada, se impide su alta laboral al concurrir una situación de riesgo por embarazo, por no haber iniciado la prestación de servicios, lo que pone de manifiesto el carácter discriminatorio por razón de sexo, pues sitúa a la mujer en una situación de desventaja por el riesgo asociado a la maternidad en general y al embarazo en particular⁵⁹.

Por su parte, el TC⁶⁰ en relación con la discriminación por razón de sexo en lo relativo a la situación de riesgo por embarazo, declara que “la falta de comunicación por parte del empresario a la trabajadora de baja para ejercitar o no su derecho de preferencia al tiempo de haberse suscitado la nueva necesidad empresarial, obviándola como trabajadora a tiempo parcial de la empresa que era, así como la negativa a reconocerle dicho derecho a su reincorporación, por haberse cubierto la necesidad tras la contratación de una persona externa, provocó como efecto peyorativo que la demandante perdiera su oportunidad de poder ejercitar aquel derecho preferencial de incrementar su

⁵⁴ BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017 (versión on line)

⁵⁵ STC 198/1996, de 3 de julio.

⁵⁶ PÉREZ DEL RÍO, T., “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, AA.VV., *Mujer y trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2003, p. 287.

⁵⁷ GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 297.

⁵⁸ CRUZ VILLALÓN, J., “Igualdad y no discriminación”, AA.VV., *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 288.

⁵⁹ STS de 26 de febrero de 2018, rec. núm. 1306/2017.

⁶⁰ STC 2/2017, de 16 de enero.

jornada laboral semanal y su traslado a otro centro, como así lo había pretendido al haberlo solicitado después de su reincorporación a la actividad laboral (...) Procede, pues, declarar que la conducta empresarial vulneró el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo. La actuación empresarial así enjuiciada ocasionó una discriminación directa por razón de sexo resultando la trabajadora perjudicada por su condición de mujer, tras la baja por embarazo y maternidad, al habersele impedido el ejercicio de un derecho preferente de opción a modificar sus condiciones laborales que le reconocía el convenio colectivo aplicable al ramo de su actividad laboral, colocándola en una clara desventaja como mujer trabajadora con el resto de sus compañeros, lo que, en definitiva, contraviene el derecho fundamental reconocido en el art. 14”.

En el mismo sentido, la doctrina judicial comunitaria considera que la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad. “La misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el período de su embarazo”⁶¹. Considera, en fin, que la Directiva comunitaria se “opone a la negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo indefinido basada en que una prohibición legal de trabajo vinculada a dicho estado impide, durante el período de su embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto”.

VI. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia⁶² más reciente estima que también debe considerarse como situación conexas al alta, y por tanto, como situación protegida por la prestación por riesgo durante el embarazo, la de aquella mujer embarazada en situación de riesgo por embarazo que no puede iniciar su prestación de servicios por dicha situación, pues en caso contrario, anular el alta de dicha situación supone una clara discriminación por razón de sexo.

En el mismo sentido, también ha estimado que no puede situarse a la mujer, por razón del embarazo, en una situación desfavorable o perjudicial, pues “la forma de hacer efectiva la igualdad en las condiciones de realización de la fase de oposición de este proceso selectivo para la mujer que va a dar a luz en vísperas o coincidiendo con la fecha señalada para la prueba. O sea, expresa una diferencia que solamente puede darse respecto de la mujer a punto de ser madre y por este solo motivo (...) Pronunciamiento el nuestro que, como el de la Sala de Valladolid, no supone sino una interpretación de las bases conforme a la Constitución o, si se prefiere, a la igualdad. Y es que, en efecto, la base 6.5 permitía al tribunal calificador buscar la forma de acoger la petición de la Sra. (...) o de establecer cualquier otra, como aplazamiento del ejercicio para evitar el perjuicio que sufrió, pues no se puede dar por cierto que la previsión del llamamiento único de la base 7.6 cerrase la puerta absolutamente a toda demanda de trato diferente con independencia de la causa que invocara”⁶³.

En definitiva, nuestro alto tribunal estima que, aunque el acto administrativo de alta se vincula, con carácter general, al inicio de la actividad laboral, sin embargo, el art. 7 RD 84/1996, además de ligar el alta al “*inicio de la actividad*” también permite la ampliación sin concurre una “*situación conexas a la misma*” como sucede en el caso de la mujer trabajadora en situación de riesgo por embarazo que no puede iniciar su actividad laboral debido a dicha situación.

⁶¹ STJUE de 3 de febrero de 2000, asunto Mahlburg, C-207/1998.

⁶² STS de 26 de febrero de 2018, rec. núm. 1306/2017.

⁶³ STS, sala de lo contencioso-administrativo, de 14 de marzo de 2014, rec. núm. 4371/23014.

CAPÍTULO XVII. LA PRESTACIÓN DE MATERNIDAD POR ADOPCIÓN DEL HIJO DEL CÓNYUGE O PAREJA: PRELUDIO DE UN SEGUNDO PERMISO PARENTAL EN EL SUPUESTO DE FAMILIAS MONOPARENTALES

ÓSCAR REQUENA MONTES
Investigador "Atracció de Talent"
Universitat de València

I. INTRODUCCIÓN

Los numerosos y variados cambios sociológicos vividos durante el anterior y el actual siglo, así como la voluntad marcadamente tuitiva e integradora del legislador y de los tribunales de justicia, han ido desarrollando el concepto jurídico de maternidad, de modo que su consideración abarca hoy un campo más extenso de situaciones protegidas y sujetos beneficiarios. Entre las causas de dicha expansión se encuentran la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo o la progresiva equiparación de las uniones o parejas de hecho al matrimonio. También las novedosas técnicas de reproducción humana han influido en gran medida en el instituto de la maternidad. Esas y otras nuevas realidades sociales han sido paulatinamente recogidas por la legislación civil, laboral y de Seguridad Social.

La cuestión que inicialmente se debate en el presente estudio gira en torno a aquella persona que, con el objetivo de afianzar los lazos jurídicos y personales que le unen al hijo o a la hija de su cónyuge o pareja decide adoptarle y, en consecuencia, solicita el permiso de maternidad por adopción consistente en la suspensión del contrato de trabajo -o cese de actividad- y el disfrute de la prestación de maternidad, en caso de cumplirse los requisitos legales para ello. Nos debemos plantear si, cuando el otro progenitor¹ hubiese disfrutado y agotado el permiso de maternidad, existen razones materiales y jurídicas para conceder un segundo permiso de las mismas características en virtud del mismo menor. A modo de ejemplo, cabría preguntarse si aspectos como la existencia de cierta convivencia previa entre adoptante y adoptando podrían determinar que dicha segunda concesión del derecho fuese contraria al objeto del permiso.

Para discutir acerca de su justificación no sólo habrá que analizar en profundidad la regulación y los criterios jurisprudenciales, también será necesario comparar la situación con otras similares con el objetivo de evitar cualquier tipo de trato discriminatorio o desigual, como el que pueden estar sufriendo las familias monoparentales o los padres biológicos respecto de aquellos que adoptan al hijo de su pareja. Todo ello permitirá avivar, encarrilar y completar las propuestas actuales en torno a las razones y métodos para equiparar las prestaciones de maternidad y paternidad.

II. CONCRECIÓN DEL PROBLEMA

Antes de estudiar con detalle el problema jurídico que plantea el supuesto en el que un menor, cuya filiación pertenece a una determinada persona, es adoptado por el nuevo cónyuge o pareja de

¹ Entendido en el sentido amplio en el que lo emplea la ley y conforme al segundo significado que le otorga la Real Academia Española de la lengua: "El padre y la madre", sin distinguir por el modo de filiación.

ésta, es necesario precisar que esa persona que ostenta la filiación del menor podrá ser su madre biológica, pero también podría tratarse de su padre biológico, de un progenitor subrogado² o de cualquier persona que anteriormente haya adoptado al menor.

1. LA PREVISIÓN NORMATIVA

A pesar de que la adopción del hijo del cónyuge o de la pareja está prevista expresamente en el artículo 175.4 del Código Civil (CC), la transposición de esta posibilidad a la normativa laboral y de Seguridad Social se ha caracterizado por ser parca o nula, lo cual ha dado lugar a interpretaciones judiciales que podrían estar suponiendo un peor trato hacia los padres biológicos frente a estos padres adoptivos en materia de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social.

Con el trasfondo del artículo 41 de la Constitución Española (CE)³, la cobertura que la legislación laboral ha querido dar a esta situación se resume en el permiso por maternidad consistente en el descanso derivado de la suspensión del contrato de trabajo -regulado en los artículos 45.1.d) y 48.4 del ET⁴- y su correspondiente prestación contributiva -artículos 177 a 180 de la LGSS⁵ y 2 a 14 del RD 295/2009⁶- o no contributiva -artículos 181 y 182 LGSS y 15 a 21 del citado Real Decreto-, en caso de cumplir los requisitos exigidos respectivamente para su disfrute. Entre ellos, para el percibo de la prestación no basta con tener derecho al descanso según las reglas fijadas en el ET, sino que los beneficiarios de esta prestación⁷ también deben cumplir los requisitos de estar afiliados y de alta o en situación asimilada al alta en la Seguridad Social (Art. 165.1 LGSS) así como poder acreditar un periodo de carencia progresivamente exigente en función de su edad (Art. 178 LGSS). De incumplirse únicamente este último requisito, el trabajador podría beneficiarse de la prestación no contributiva denominada “subsido especial de maternidad”, cuya duración y cuantía son menores, en orden a los principios de contributividad y solidaridad que imperan en nuestro sistema de Seguridad Social.

Por lo tanto, el descanso por maternidad se desenvuelve en dos ámbitos, como son el laboral y el prestacional, que aparecen estrechamente relacionados pero claramente diferenciados en su regulación⁸. La relación entre ambas vertientes es clara: mientras que para el nacimiento del derecho a la prestación es condición *sine qua non* el disfrute del periodo de descanso, éste, en cambio, podría incluso existir sin derecho a la prestación económica⁹.

Como se sabe, las situaciones protegidas a través del descanso por maternidad son tres: la maternidad biológica o mediante parto, la adopción y el acogimiento, todas ellas legitimadas como

² En el supuesto de maternidad subrogada a partir de un “vientre de alquiler”.

³ “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...”.

⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁵ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁶ De 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁷ A pesar de que la dicción literal del art. 178.1 LGSS reconozca este derecho exclusivamente a las personas incluidas en el Régimen General, sigue vigente el artículo 2.4 del RD 295/2009, que extiende su aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social. Según BALLESTER PASTOR, M^a. A.: *La prestación de maternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 88: “el art. 2.4 RD 295/2009 opera para los autónomos una remisión general y profunda a las “situaciones protegidas” para los trabajadores por cuenta ajena, lo que permite definitivamente aplicarles el resto de previsiones del art. 48.4 ET”.

⁸ En este sentido: Fundamento jurídico tercero de la STS 5215/2009, de 20 de mayo (Rec. 3749/2008).

⁹ Como dato curioso, valga recordar la paradójica situación que se daba con anterioridad a la regulación del subsidio especial o no contributivo introducido por la LOI, cuando se le obligaba a la mujer parturienta a suspender el contrato durante seis semanas y, mientras tanto, se le negaba una compensación económica. Así lo destacaron, entre otros, ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Maternidad”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., Dir.), *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008, p. 107 y FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “Adopción del hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho: ¿Derecho a una prestación por maternidad?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010, pp. 169-170,

causa para suspender el contrato de trabajo en virtud de la letra d) del artículo 45.1 ET. Por lo que al presente estudio interesa, cabe indicar que la regulación del descanso derivado de la adopción se encuentra, principalmente, entre los párrafos sexto y decimosegundo del artículo 48.4 ET. En dichos párrafos se comienza equiparando la duración del descanso al dispuesto para la maternidad biológica y permitiendo al trabajador, en caso de que la adopción venga precedida de un proceso de acogimiento, elegir el momento de su disfrute: o bien cuando se decida administrativa o judicialmente el acogimiento o, en un segundo momento, cuando se constituya la adopción mediante resolución judicial.

En cualquier caso, lo común es que el descanso sea reconocido a la madre biológica o a uno de los adoptantes y se permita la posibilidad de compartir con su pareja la parte voluntaria o la totalidad, respectivamente, sin que quepa el devengo de una nueva prestación de maternidad para el otro progenitor¹⁰. En coherencia con ello, al final del párrafo que contiene la opción relativa al momento de disfrute del permiso, el legislador aclara que un mismo menor nunca puede dar lugar a dos periodos de suspensión –límite que es remarcado en los dos siguientes párrafos del apartado-. Ahora bien, por su ubicación en el precepto jurídico resulta lógico pensar que este inciso se debe aplicar a los supuestos en los que un mismo menor es primeramente acogido y posteriormente adoptado, de forma que si el progenitor o progenitores disfrutaron del derecho al descanso a partir de la decisión judicial o administrativa de acogimiento, no podrán volver a gozar de la suspensión del contrato con motivo de la resolución judicial de adopción “pues significaría una duplicación innecesaria, máxime cuando la finalidad u objetivo perseguido se ha cubierto a través de la suspensión durante el acogimiento”¹¹.

Por su parte, para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) creó el descanso por paternidad, cuya regulación se halla actualmente en el artículo 48.7 ET, evitando de nuevo la posibilidad de interpretar como norma general la acumulación de descansos en virtud de un mismo menor. En efecto, el segundo párrafo de este precepto indica que, en los supuestos de adopción, cuando el descanso por maternidad haya sido disfrutado en su totalidad por un progenitor, el permiso de paternidad sólo podrá ser ejercido por el otro progenitor. Además, sólo en casos excepcionales como el de fallecimiento de la madre, o cuando esta trabaje por cuenta propia y la prestación no estuviera prevista en la mutualidad a la que está incorporada o, finalmente, cuando sólo hubiese podido acceder al subsidio no contributivo de maternidad, el otro progenitor podrá compatibilizar su prestación de paternidad con la de maternidad¹² –o la duración que reste tras descontarse las seis semanas disfrutadas por la madre en la última de las excepciones-. En cambio, debe lamentarse que las familias monoparentales –término válido con independencia del sexo del sustentador único¹³- continúen siendo las grandes olvidadas en nuestro ordenamiento jurídico, pues es llamativo que la norma no prevea mecanismos de acumulación a favor de este tipo de familias,

¹⁰ STSJ de Cataluña 1516/2009, de 20 de febrero (Rec. 8113/2007): “El permiso por maternidad puede repartirse pero sin que se devengue dos veces”.

¹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *op. cit.*, p. 47.

¹² Sobre las dudas que plantea la redacción del artículo 3 del RD 295/2009 en cuanto a la posibilidad por parte del padre de disfrutar de todo el periodo, incluidas las seis semanas que, *a priori*, están dirigidas a la protección de la integridad física de la madre: ROQUETA BUJ, R. y BLASCO PELLICER, Á.: “Las modificaciones de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en materia de Seguridad Social”, pp. 477-540, en AA.VV. (SALA FRANCO, T. *et al.*, Coords.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008, p. 497. Con todo, cabe recordar que el disfrute de esas seis semanas está previsto para los supuestos de adopción y acogimiento, donde tampoco se observa un perjuicio físico en ninguno de los progenitores.

¹³ En rigor, la referencia a “familias monomarentales” debe evitarse, toda vez que “*parents*” y “*parentis*” vienen a significar “progenitor” y este es un concepto neutro. En contra, con ánimo de realzar que este tipo de estructuras familiares están encabezadas fundamentalmente por mujeres y las consecuencias profesionales que soportan, BARRÓN LÓPEZ, S.: “Familias monoparentales: un ejercicio de clarificación conceptual y sociológica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 40, 2002, p. 22 y RUIZ SEISDEDOS, S. y MARTÍN CANO, M. C.: “Nuevas formas de familia, viejas políticas familiares. Las familias monomarentales”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 33, 2012, p. 164.

donde el menor no puede disfrutar de un periodo de atención tan prolongado y completo como en el caso de tener dos progenitores acreedores y ejercientes ambos del derecho al descanso¹⁴.

Por otro lado, a efectos meramente comparativos y sin ánimo de profundizar de momento en el tema, la cuestión de la doble prestación por maternidad no se agota en los casos de adopción del hijo del cónyuge, sino que también existe cuando el menor es dado en adopción por la madre biológica, si bien aquí los permisos permanecen distribuidos en distintas unidades familiares. El primero de esos permisos, cuya justificación está fuera de toda duda, es aquel que pueden disfrutar los miembros de la unidad familiar en la que se integra el menor. El otro permiso de maternidad pertenece a la madre biológica, quien a pesar de que ya no forma parte de la unidad familiar en la que se encuentra el menor, requiere de un periodo de descanso para recuperarse del proceso de embarazo y parto. Lo criticable en este supuesto es que la norma no prevé una reducción del periodo de descanso motivada por la ausencia de la carga familiar de integrar al menor, permitiendo además que el permiso pueda ser disfrutado por el otro progenitor, quien ni siquiera sufre las secuelas del parto¹⁵.

En conclusión, lo hasta aquí expuesto muestra una general y marcada intención del legislador en aras a evitar la duplicidad de derechos al descanso cuando coincide el mismo menor como sujeto causante, aunque ello no ha sido óbice para apreciar situaciones donde el disfrute de varios permisos de maternidad en virtud del mismo menor parecen estar sólidamente justificadas. Por consiguiente, resulta extraño que el legislador no haya previsto la posibilidad adoptiva que se trata en este comentario –cada vez más extendida¹⁶–, representando un vacío normativo que ha dado paso a una extensa discusión en sede judicial. Pues bien, una vez aclarado el mecanismo con el que opera el permiso de maternidad, resulta imprescindible concretar el objeto del descanso con el fin de comprobar si se aprecia en el supuesto específico que aquí se analiza.

2. EL OBJETO DEL PERMISO Y LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES EN ESTE TIPO DE ADOPCIÓN

La declaración del derecho al descanso por maternidad en estos específicos casos de adopción sucesiva representa un clarísimo problema de carácter cronológico debido a la relación entre el adoptante y el adoptado. En estos supuestos se observa una paradójica descoordinación temporal entre el procedimiento civil de adopción y el procedimiento laboral de suspensión del contrato con causa en la adopción. La realidad parece indicarnos que cuando el adoptante consigue la resolución judicial por la que se constituye la adopción del hijo del cónyuge o de la pareja, el núcleo familiar integrado por esas dos personas –entre otros posibles– ya se ha forjado durante un determinado periodo de convivencia anterior. En el ámbito civil dicha convivencia no plantea mayor problema, pero en el ámbito laboral puede chocar con la naturaleza del permiso de maternidad derivado de adopción, que opera ante necesidades de adaptación y afecto del menor, las cuales suelen ser más exigentes durante los primeros meses de convivencia debido a la anómala situación inicial. Efectivamente, lo común es que esas necesidades poco a poco vayan diluyéndose. Sin embargo, quien es a su vez adoptante y trabajador no puede solicitar el permiso laboral de maternidad hasta

¹⁴ Esta diferencia se hubiese minorado –aunque no resuelto– de haberse aceptado la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista núm. 122/000253/2002, de 6 de noviembre (BOCG de 15 de noviembre de 2002), que planteaba reconocer una suspensión de veinte semanas ininterrumpidas a las familias con esta estructura. Más tarde, desde la doctrina se propuso que, alternativamente, la persona titular del hogar pudiese delegar el uso del permiso de paternidad en un familiar próximo. Véase PUMAR BELTRÁN, N. *et al.*: *La revisión de la protección de las familias monoparentales por parte de la Seguridad Social*, p. 165.

¹⁵ En el mismo sentido, BALLESTER PASTOR, M^a. A. y RODRÍGUEZ PASTOR, G. E.: “Maternidad. Paternidad”, pp. 275-306, en AA.VV. (ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J., Dirs.), *Derecho de la Seguridad Social*, 3^a edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 279-280.

¹⁶ RIVAS VALLEJO, M^a. P.: *op. cit.*, pp. 96-104, achaca su extensión a la legalización e irrupción de las parejas de hecho, las uniones homosexuales y las técnicas de reproducción humana asistida, a lo que se suma la facilitación de la disolución del vínculo matrimonial. Del mismo modo, BERIAIN FLORES, I.: *op. cit.*, p. 19, recuerda que este tipo de adopción se convierte en la única alternativa de aunar los hijos de los distintos progenitores en las denominadas *familias recompuestas* o *ensambladas* en el caso –común– de que se desee evitar la extinción de los lazos de filiación con los que ya llegaron a la nueva situación familiar.

que se constituye la adopción, momento en el que -se insiste- la razón de ser del permiso podría haber desaparecido.

Se puede decir que la finalidad última del permiso es doble: por un lado, facilitar el descanso de la madre (durante las primeras seis semanas, en caso de maternidad biológica) y la protección e integración del recién nacido o adoptado en la unidad familiar (coincidente en todas las situaciones protegidas del artículo 48.4 ET)¹⁷. En cambio, los objetivos perseguidos al regularse el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad pueden ir desde la prevención y protección de la salud de la madre y del menor durante todo el proceso de maternidad¹⁸ hasta -entrando en el ámbito macroeconómico y social- el fomento de la natalidad y de una determinada política demográfica¹⁹, pasando por la conciliación de responsabilidades laborales y familiares²⁰ y la estabilidad en el empleo, ya que resulta indudable que, a efectos de evitar una relación inversa y negativa entre maternidad e intereses profesionales de los trabajadores, la reserva del puesto de trabajo constituye una herramienta eficaz²¹.

Teniendo presentes dichas finalidades, la aplicación del régimen normativo común de la adopción al supuesto de adopción del hijo del cónyuge ha sido considerada incorrecta por la doctrina²². Especialmente por lo que se refiere a la justificación del permiso, puesto que no atiende necesariamente el desamparo de un menor causado por el incumplimiento de la patria potestad, sino que se le limita a proteger las necesidades del nuevo núcleo familiar, donde persiste la convivencia y el conocimiento mutuo entre el menor y uno de sus progenitores.

No en vano, desde la perspectiva jurídico-civil se han previsto algunas peculiaridades respecto a la adopción del hijo del cónyuge en comparación con los casos comunes de adopción. Quizá una de las más relevantes, a la vez que lógica, sea que en el supuesto particular no se produce el efecto principal de extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia anterior sino que subsisten, incluso, como indica el artículo 178.2.1º CC, si el consorte hubiera fallecido. No menos importante es la positiva concepción mostrada por el legislador hacia el cónyuge como adoptante²³, a quien exige del requisito correspondiente a obtener la propuesta previa de una entidad pública a su

¹⁷ Véase la sentencia del Juzgado de lo Social nº 30 de los Madrid, de 28 de julio de 2008 (Proc. 507/2008) y la STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2009 (Rec. 3118/2009). Por parte de la doctrina científica, entre otros: CASTRO ARGÜELLES, M. A.: "La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social: un enfoque general", pp. 91-116, en AA.VV., (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Coord.) *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 108-109 y RIVAS VALLEJO, Mª. P.: *op. cit.*, pp. 74 y 81-82.

¹⁸ Recuérdese que la atención sanitaria fue el objetivo en el que especialmente se centraba el derecho al descanso en sus orígenes, debido a las altas tasas de mortalidad y morbilidad materna e infantil.

¹⁹ En este sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 42.

²⁰ Por todos, BALLESTER PASTOR, Mª. A.: "Licencia por maternidad: aspectos laborales y de Seguridad Social", *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 17, 2006, pp. 49-96.

²¹ A idénticas conclusiones llegan GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *supra cit.*, pp. 23-25 y FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A.: *La prestación por maternidad*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 21-24.

²² BERIAIN FLORES, I.: *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 20 y RIVAS VALLEJO, Mª. P.: *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos*, Aranzadi, Elcano, 1999, p. 97.

²³ No subyace tal concepción de forma tan evidente en otros ordenamientos jurídicos. En este sentido puede verse la sentencia de la Corte di Cassazione italiana (Prima sezione) de 19/10/2011, n. 21651 al interpretar la letra b) del primer apartado del artículo 44 de la Legge 4 maggio 1983, n. 184 (que no se vio afectada por la nueva redacción dada por el artículo 25 de la Legge 20 marzo 2001, n. 149): "L'adozione del figlio del coniuge, che di norma implica armonia e convivenza comune tra genitore e adottante, non è di per sé preclusa dalla sopravvenuta crisi del loro matrimonio qualora il minore conservi interesse all'adozione per avere instaurato una positiva relazione con il richiedente; tale interesse va invece escluso, e con esso l'adozione, quando si registri la sofferenza dell'adottando per il clima familiare altamente conflittuale e quando l'incapacità del coniuge di confrontarsi con il genitore per la gestione del minore lasci presagire che l'adozione sarebbe deleteria per i suoi delicati equilibri esistenziali". Se puede completar lo establecido en la sentencia con la nota de MORELLO DI GIOVANNI, D.: "Genitore separato e adozione per casi particolari: una sentenza particolare", *Famiglia e diritto*, núm. 7, 2012, p. 727: "Non può escludersi sempre e comunque l'adozione del figlio del coniuge, in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lett. b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, motivando sull'intervenuta separazione di fatto dei coniugi nelle more della procedura, qualora si sia instaurata una positiva relazione tra il minore ed il coniuge richiedente e sempre che non risultino aspetti critici della personalità di quest'ultimo; infatti, sebbene la dichiarazione di adozione presupponga, tendenzialmente, convivenza, armonia e comunione di vita tra i coniugi, è necessario che il giudice accerti, caso per caso, quale sia in concreto l'interesse del minore".

favor y sobre quien presume el interés para ejercer la patria potestad²⁴. Acordes a estas previsiones y a la *ratio iuris* del descanso por maternidad son los principales criterios judiciales a tener en cuenta para resolver la adopción: el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante (apartado 1 del artículo 176 CC)²⁵.

Por lo tanto, junto a la estabilidad en el empleo de los adoptantes, el bien jurídico especialmente en juego en los casos de adopción o acogimiento es el de “proteger al hijo, su incorporación a la nueva familia y la creación y mantenimiento de los lazos afectivos entre padres e hijos tan necesarios para la estabilidad y desarrollo personal de todos los implicados en dichos procesos”²⁶. De ahí que se comprenda la equiparación de la suspensión por parto y la suspensión por adopción, ya que en ambos casos la atención se ha centrado en el fundamental y deseado cuidado del hijo en los términos que requiera²⁷.

En conclusión, la finalidad del permiso cuya relevancia ha ido creciendo progresivamente con el paso de los años ha sido la protección de la familia y, dentro de esta, la protección de los intereses del menor²⁸ a la luz del derecho a la protección igual e integral de los hijos con independencia de su filiación, que emana del artículo 39.2 CE y que se recoge en la STC 154/2006, de 22 de mayo (Rec. 5399/2002)²⁹.

III. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

El contexto hasta aquí desarrollado puede facilitar y debe estar presente en la comprensión de los planteamientos de las partes interesadas y de las interpretaciones judiciales que a continuación se exponen. No obstante, el ordenamiento jurídico laboral y de Seguridad Social ha venido siempre adecuándose a la regulación civil de la maternidad entendida en sentido amplio, lo que ha llevado a períodos de desfase entre ambos ordenamientos, que poco a poco han ido eliminándose gracias a la labor legislativa. Así pues, las nuevas -o no tan nuevas- realidades sociales han dado lugar a

²⁴ Por esta razón, exceptúa que su fallecimiento pueda interpretarse como causa para anular la adopción, siempre que hubiera dado su consentimiento ante el Juez (apartados 2 y 3 del artículo 176 CC).

²⁵ En la misma dirección operó la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores (conocida como “Ley de adopción”), que vino a fortalecer el poder decisorio del Juez durante el proceso de adopción con la intención de garantizar un resultado beneficioso para el adoptando. Así lo resaltan BERIAIN FLORES, I.: *op. cit.*, p. 20 y GESTO ALONSO, B.: *El procedimiento de adopción*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 15-16.

²⁶ NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “Maternidad, adopción y acogimiento: aproximación a su régimen jurídico y puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 20, 2011, p. 2360. En términos similares, RIVAS VALLEJO, M^a. P.: *op. cit.*, p. 70, que definía el derecho a la suspensión del contrato por adopción como el “derecho del trabajador que le permite ausentarse del trabajo para recibir adecuadamente al niño adoptado, ayudando de tal modo a garantizar el éxito de la inserción en la familia de acogida”. También la doctrina judicial se ha pronunciado: “El permiso de adopción [...] tiene como razón de ser [...] en el hecho de que la persona adoptante y el niño/a adoptado tengan un contacto humano en los primeros momentos de la adopción que facilite su integración en la nueva familia y en su nueva situación” (Fundamento Jurídico 4º de la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2009).

²⁷ Entre otros, BALLESTER PASTOR, M^a. A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 42; GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 16 y SELMA PENALVA, A.: “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida”, *Revista Bioderecho.es*, vol. 1, núm. 1, 2014, en pdf, p. 11/12. En sede judicial, véase SSTJS de Andalucía, de 28 de octubre de 1999 (Rec. 909/1998) y de Castilla y León, de 5 de mayo de 2010 (Rec. 539/2010) y STJUE de 12 de julio de 1984, caso *Hofmann*, asunto 184/83).

²⁸ Así aparece en la STSJ de Madrid, de 30 de noviembre de 2009 (Rec. 3118/2009): “El derecho que nos ocupa es la cobertura prestacional a una situación de intereses complejos entre los que destaca, como predominante, la atención al menor durante la etapa inicial de su vida familiar, apareciendo como intereses coyunturales la necesidad de atención a la madre, como consecuencia del parto, que sirve como criterio distributivo del derecho, estableciendo una cotitularidad jerarquizada”. En la misma línea, RIVAS VALLEJO, M^a. P.: *op. cit.*, pp. 69 y 74-75 y HIERRO HIERRO, F.J.: “Gestión por sustitución y prestación de maternidad: SJS núm. 2 Oviedo 9 abril 2012 (AS 2012, 924)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6, 2012, pp. 56-57, quien enumera varias previsiones legales que llevan a esa misma conclusión.

²⁹ Aunque la sentencia aborda una cuestión relativa a la pensión de orfandad, es extrapolable el siguiente razonamiento: “es necesario destacar que los artículos 39.2 y 41 CE, en efecto, no son por sí mismos susceptibles de amparo. Sin embargo, también es preciso advertir que el mantenimiento del régimen público de Seguridad Social (artículo 41 CE), lo mismo que la protección integral de los hijos con independencia de su filiación (artículo 39.2 CE), se contienen en el título I del Texto Constitucional, lo que permite establecer una directa relación entre ellos y el derecho fundamental invocado (artículo 14 CE)”.

situaciones para las que la regulación no ofrecía una respuesta clara y que han requerido la intervención de los tribunales con el fin de establecer criterios que garanticen la seguridad jurídica. Una de dichas situaciones concurre cuando un menor es adoptado por el cónyuge de quien ostenta su patria potestad.

1. LAS DIFERENTES CASUÍSTICAS PLANTEADAS EN SEDE JUDICIAL

En la última década hemos asistido a diversos enfrentamientos judiciales entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y demandantes de las prestaciones de maternidad o paternidad con ocasión de la adopción del hijo de su cónyuge. Esta cuestión llegó a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, quien unificó doctrina mediante sentencia de 15 de septiembre de 2010 (Rec. ud. 2289/2009). Anteriormente, varios tribunales de suplicación habían conocido situaciones materialmente idénticas o similares. En efecto, la primera resolución favorable al demandante pudo observarse en la sentencia de 16 de junio de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Palma de Mallorca (Proc. 154/2006), cuyo fallo fue confirmado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 464/2006, de 30 de octubre (Rec. 455/2006). De hecho, fue esta la que se presentó como sentencia de contraste ante el Tribunal Supremo.

Del relato de hechos extraído de la sentencia del Juzgado de instancia destacan varios aspectos. En primer lugar, la pretensión de la demandante –esposa del padre biológico de la menor que ha adoptado- es que se le reconozca el derecho a la prestación de maternidad por adopción, acción que el INSS deniega y que, por el contrario, el Juez de instancia reconoce. En segundo lugar, estamos ante un supuesto muy peculiar en relación a la trayectoria vital de la menor, quien fue ingresada en un centro de primera acogida tras episodios de violencia doméstica entre los padres asociada al consumo de alcohol, para posteriormente pasar a ser tutelada por sus tíos paternos –por no encontrarse en condiciones ni su padre ni su madre-. Esta última falleció antes de que la menor volviera a convivir con su padre biológico y su actual pareja -demandante de la prestación-. Durante el primer año, la convivencia se llevó a cabo bajo estrictas condiciones dadas las deficiencias especiales que acompañaban a la menor, periodo tras el cual fue adoptada de forma efectiva por la actora. En tercer lugar, el motivo único de oposición a la declaración del derecho a favor de la demandante se basa en que en la adopción del hijo del cónyuge no se observa la razón por la que se concede la prestación con causa en la adopción, que no es otro que el de facilitar la integración familiar del menor, puesto que, en opinión del INSS dicha necesidad desaparece cuando la convivencia entre el menor y la ahora adoptante ya ha existido de forma previa, reservándose dicha prestación “a los supuestos en que la adopción supone la incorporación del menor por primera vez a una nueva unidad familiar”.

Finalmente, el tribunal desestima el recurso presentado por la entidad gestora alegando que ni la regulación laboral ni la de Seguridad Social prevén excepciones a los casos de adopción y acogimiento en los que particularmente no surge la necesidad de protección, sino que el derecho opera ante situaciones de necesidad abstracta y la aceptación de los argumentos del INSS supondría soslayar el carácter tuitivo inherente al sistema de Seguridad Social.

Por cuanto se refiere a razones materiales, expone el órgano judicial que las penosas condiciones de la menor no permiten dudar del beneficio que puede suponer el contacto personal con su nueva madre, lo que no sería posible de no concederse la prestación de maternidad. Con todo, realizando un ejercicio de contextualización, quizá quepa pensar que la decisión de la Sala pudo venir influenciada por la inexistencia entonces de una prestación como la de paternidad. Este hecho conllevaba que, de denegarse la prestación de maternidad, la demandante quedase desamparada en términos prestacionales por la Seguridad Social, lo que cabría interpretar como contrario al carácter tuitivo de tal institución.

El caso vivido en las Islas Baleares guarda ciertas coincidencias con el que posteriormente llegó al TSJ del País Vasco, que resolvió mediante sentencia de fecha de 27 de noviembre de 2007 (Rec. 1846/2007). La pretensión de la demandante es idéntica –prestación de maternidad por adopción del hijo del cónyuge-, se repiten los argumentos jurídicos alegados por el INSS –la convivencia previa

determina su exclusión como situación protegida- y, en cuanto al resultado, tanto el juzgado de primera instancia como el de duplicación declaran el derecho de la demandante. Para la justificación de este fallo, es destacable la interpretación que los órganos judiciales, apoyados en el criterio finalista contenido en el artículo 3.1 del Código Civil, hacen respecto a la normativa que regula el descanso y la prestación de maternidad, el cual no se ofrecía en la resolución precedente y que consiste en “liberar a los trabajadores de las ocupaciones laborales con el fin, si se trata de las trabajadoras-madres biológicas, de lograr una recuperación física más rápida y satisfactoria; y si se trata de los trabajadores, o de los trabajadores y trabajadoras en los casos de adopción y acogimiento, poder dedicar mayor tiempo a la persona que se incorpora a la unidad familiar o a la pareja”.

La única diferencia se encuentra, más allá de las experiencias vitales del menor, en que aquí estamos ante una pareja homosexual formada por dos mujeres que decidieron que una de ellas gestara mediante técnicas de inseminación artificial³⁰. Esta circunstancia no tiene mayor incidencia a efectos materiales salvo para dar lugar a un nuevo criterio jurisprudencial relativo al disfrute de la prestación de maternidad hasta su agotamiento por parte de la madre biológica. Y es que a pesar de que el tribunal concede la prestación de maternidad a la madre no biológica, lo hace porque desconoce si la madre gestante percibió y agotó dicha prestación, pero se esfuerza en aclarar que no debería concederse una nueva prestación de maternidad a la madre que no se ha sometido a las técnicas de reproducción asistida, ya que, por aplicación del Código Civil, la adopción en estos casos es innecesaria³¹. En definitiva, el TSJ de País Vasco pareció considerar que el derecho que reclamaba la actora era idéntico al que ya hubiese podido disfrutar la madre biológica, por lo que concedérselo supondría una duplicidad del mismo derecho emanado del nacimiento, pero al desconocerse si la madre biológica tuvo derecho o no con motivo del parto, se le terminó reconociendo el derecho a la madre no biológica³².

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO SOCIAL, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010

La siguiente sentencia por orden cronológico sobre la materia que, finalmente, llegó a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina fue la del TSJ de Cataluña, número 1516/2009, de 20 de febrero (Rec. 8113/2007). El órgano judicial catalán, aunque deniega el derecho al descanso, inicia su fundamentación jurídica señalando que le pertenecería tal derecho a la demandante a pesar de que su pareja, con quien llevaba conviviendo durante dos años, hubiese agotado con anterioridad la que le correspondió por parto. Y ello por

³⁰ Sobre este supuesto particular véase: FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *op. cit.*, p. 178.

³¹ Según el artículo 116 CC “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio” de los padres y, por aplicación del artículo 115.1 de la misma norma, la filiación matrimonial materna y paterna “queda determinada por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres”, por lo que nada permite dudar de que la niña nacida fue de la demandante y de su cónyuge (menos todavía si tenemos en cuenta el anonimato del donante de espermia). En contra de esta tesis, el Fundamento de Derecho 4º de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de los de Madrid 303/2008, de 28 de julio (Proc. 507/2008): “La prestación de Seguridad Social que se reclama está unida a la adopción, como situación protegida, en términos de igualdad con el nacimiento y el acogimiento. De ahí que, ante todo, no cabe remitir a la presunción de filiación de los hijos habidos constante matrimonio como poco adecuadamente se ha hecho en algún caso (STSJ P. Vasco 27.11.2007 [JUR 2008, 38781]), sugiriendo la improcedencia de cualquier prestación en condiciones análogas a las presentes, por adopción sobrevenida del hijo del cónyuge habido durante el matrimonio, entre personas del mismo sexo, porque semejante argumento olvida que la presunción ya no es iuris et de iure al admitirse la investigación de la paternidad. De modo que la adopción [...] permite al padre o a la madre no biológicos adquirir la paternidad por adopción sin el riesgo de la investigación posterior de la paternidad, que en el caso de los cónyuges de sexo femenino, como el presente, y en la situación presente de la realidad y la ciencia genéticas, no precisan excesiva prueba para concluir la falta de vínculo biológico en el cónyuge femenino que no es la madre biológica”.

³² Es probable que la madre biológica haya tenido derecho al descanso y no lo haya disfrutado porque, de otro modo, no se comprendería que la entidad gestora no lo hubiese alegado. En todo caso, la tesis del TSJ respecto de la duplicidad ha sido corregida por el propio Tribunal, que posteriormente al pronunciamiento del TS en 2010 ha reconocido la prestación de maternidad sin entrar a valorar el disfrute previo de la misma por razón del mismo menor: STSJ del País Vasco, núm. 1134/2015, de 16 de junio (Rec. 1025/2015).

cuanto la normativa aplicable no prevé el “supuesto concreto, por otra parte bastante frecuente en la actualidad, de un hijo biológico anterior de un cónyuge o pareja de hecho que es adoptado posteriormente por el otro cónyuge o pareja”, que sí está previsto por la legislación civil y que, además, “va a favor de la protección del menor y a dar una mayor seguridad jurídica tanto a esa familia como al conjunto de la sociedad, motivo por el que la interpretación de la legislación debería ser favorable a esta conducta”. En definitiva, el TSJ del País Vasco argumentó en ese sentido que debía atenderse a la interpretación finalista que acoge el artículo 3.1 del Código Civil, sin embargo, su homólogo de Cataluña utiliza el mismo criterio interpretativo para llegar a la conclusión contraria; es decir, no cabe la concesión del derecho a favor de la demandante porque se ha perdido su razón de ser tras la convivencia.

Por otra parte, el propio tribunal rechaza la tesis esgrimida por el INSS, consistente en que la concesión del permiso de maternidad en estos casos de adopción puede llevar a un uso fraudulento³³ de esta vía de filiación para, primordialmente, conseguir la prestación económica. Sin embargo, como ya se ha dicho, el tribunal acepta que se pierde la razón de ser³⁴ de la prestación en este supuesto debido a la convivencia previa entre adoptante y adoptado, no pudiendo tampoco acceder a la prestación de maternidad por parto debido a razones temporales y porque -recuérdese- su cónyuge había agotado su disfrute. Por último, la Sala no entra a valorar la posibilidad de que la demandante disfrute del permiso por paternidad puesto que en el momento de la adopción aún no había entrado en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Como se adelantaba, esta resolución fue recurrida por la demandante ante el Tribunal Supremo para que unificase doctrina, proponiendo como sentencia de contraste la primera de las comentadas en este apartado, es decir, la de la Sala de lo Social del TSJ de Baleares de 30 de octubre de 2006. El Alto Tribunal dicta sentencia con fecha de 15 de septiembre de 2009 (Rec. ud. 2289/2009) apreciando la triple identidad en la medida que las diferencias existentes entre ambas sentencias carecen, a su juicio, de la suficiente entidad para denegar el recurso. A saber: los episodios vividos por la menor –entre ellos el fallecimiento de la madre biológica- y el corto periodo de convivencia –de tan sólo un año- en aquella sentencia o, también, el agotamiento de la prestación de maternidad por parte del cónyuge en esta otra, cuando en la de contraste nada se dice al respecto.

No obstante lo anterior, la Sala 4ª del Tribunal Supremo estima el recurso y confirma la sentencia de instancia en base a una serie de argumentos, que aquí se resumen:

a) Tanto la maternidad biológica como la adoptiva son dos situaciones reguladas conjuntamente por la normativa laboral y de Seguridad Social a pesar de que, por sus características propias, mantengan una identidad que les hace ser objeto de una protección separada y suficiente. Con todo, no se dispone que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción –lo cual además sería absurdo dada la infinidad de situaciones diferentes y necesidades a proteger-, así como tampoco le afecta el inciso referido a la prohibición de disfrutar dos veces del mismo permiso en virtud del mismo menor –que se reserva para los casos de adopción tras acogimiento previo-. Esto es, no empece que su cónyuge agotase la prestación que le correspondía de maternidad por parto cuando dio a luz al hijo que ahora se adopta. En cualquier caso, la prestación de maternidad exige unos requisitos como la concurrencia de la situación a proteger –la adopción en este caso-, el disfrute del descanso por maternidad establecido en el artículo 48.4 ET, la constancia como afiliado y en alta o en situación asimilada al alta en la Seguridad Social (actual art. 165.1 LGSS) y la eventual acreditación de un determinado periodo de cotización. Condiciones que, por lo demás, la demandante de la prestación parece cumplir.

³³ La pretensión del INSS al denunciar esta posible intención no es otra que la de incluir la conducta entre las causas de pérdida del derecho al subsidio en virtud de los entonces vigentes artículos 133 Quinquies de la LGSS y 11 del RD 295/2009, ambos en relación con el artículo 7 del CC, precepto que sanciona el abuso del derecho o el uso antisocial del mismo.

³⁴ La cual “justifica el nacimiento de toda obligación, sea de origen legal o contractual” (Fundamento Jurídico 4º de la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2009).

b) La convivencia previa entre el adoptante y el menor adoptado no impide el reconocimiento del permiso al descanso y a la prestación de maternidad puesto que en la normativa no limita el derecho de este modo³⁵.

c) De seguirse la tesis mantenida por la entidad gestora relativa a los efectos de la convivencia previa quedarían fuera del ámbito de protección supuestos como los regulados en el artículo 176 del CC³⁶, en los cuales es común la convivencia previa entre adoptante y adoptado.

d) Tampoco está prevista como causa de denegación, anulación o suspensión de la prestación la adopción del hijo del cónyuge.

e) Por último, pero no menos importante, indica que las necesidades de integración del adoptado en la nueva familia, de conocimiento mutuo y de estrechamiento de los lazos afectivos devienen en el momento de la resolución de la adopción, pues es a partir de la resolución judicial que constituye la adopción cuando realmente pasa a integrarse en la nueva familia, aunque hubiera convivencia previa.

Paradójicamente, apenas cinco días después de la resolución del Tribunal Supremo, el propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña³⁷ dictó sentencia respecto a otro caso en el que, esta vez el marido, deseaba adoptar al hijo de su cónyuge, con quienes llevaba conviviendo durante siete años en el mismo domicilio. El menor era mayor de seis años en el momento de la adopción, hecho que no impide que se continúe la discusión sobre la prestación de maternidad debido a la condición de personal estatutario que ostentaba el actor y la vigencia y aplicabilidad entonces del artículo 30.3 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública en la redacción dada por la Disposición Adicional 19ª.13 de la Ley Orgánica 3/2007, que no establecía ningún límite de edad al menor.

Más allá de esta circunstancia, lo verdaderamente relevante de esta sentencia son dos argumentos que determinan la dirección del fallo, que se corresponde con la de instancia que le precede y la de su homóloga que fue recurrida ante el Alto Tribunal y revocada por éste. En efecto, viene a declarar la percepción indebida de la prestación de maternidad por adopción y la primera razón reseñable se centra en la finalidad de dicha prestación, que según el Fundamento Jurídico 2º de la resolución se destina a “cubrir la pérdida de ingresos como consecuencia de la suspensión de la relación laboral por parte de la persona que adopta a efectos de que se produzca la integración familiar del menor, que en este caso ya se ha producido por la convivencia de siete años con el adoptante”. El segundo argumento es una interpretación del tribunal sobre la normativa que regula las prestaciones. El órgano judicial entiende que la falta de previsión de la adopción del hijo del cónyuge en la normativa no se trata de un vacío normativo sino de un indicio de que el legislador no ha considerado conveniente su inclusión, como sí lo ha hecho en otras ocasiones “como forma para incentivar la adopción, [...] cuales son entre otros casos el de la adopción internacional o discapacidad del hijo adoptado”.

En sentido contrario a esta excepcional resolución, las posteriores reclamaciones y recursos en vía judicial han venido citando la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2010. Así ocurre, por ejemplo, en la STSJ de Galicia 4975/2013, de 6 de noviembre (Rec. 4470/2011), donde un hombre que adopta al hijo de su cónyuge reclama el derecho al descanso y a la prestación de paternidad, lo que el tribunal reconoce aplicando, prácticamente en su literalidad, los argumentos que habían servido al Tribunal Supremo para conceder la prestación de maternidad. No deja de resultar llamativo que el actor no haya reclamado el permiso de maternidad que da derecho a un periodo de descanso mayor, como sí sucede en el caso que llega al TSJ de Madrid y que se resuelve mediante

³⁵ En sede doctrinal, posicionándose a favor de la concesión del permiso de maternidad basándose principalmente en este argumento: DE CASTRO MEJUTO, L. F.: “La prestación de maternidad por adopción en supuestos de previa convivencia. A propósito de una sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2010”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 15, 2011, pp. 729-730.

³⁶ Se refieren principalmente a las situaciones en las que el menor es adoptado por una persona en tercer grado de consanguinidad o afinidad o cuando el menor ha sido acogido o tutelado durante más de un año por esa persona.

³⁷ STSJ de Cataluña 5947/2010, de 20 de septiembre (Rec. 4670/2009).

sentencia número 615/2014, de 7 de julio (Rec. 2056/2013). En este caso, estamos ante un matrimonio homosexual en el que la actora adopta al hijo biológico de su esposa actual –quien ya agotó su prestación de maternidad por parto- y el INSS, en cambio, le reconoce la prestación de paternidad. Sin embargo, el tribunal, revocando la sentencia de instancia y acogiendo a los argumentos de la citada STS, declara el derecho al permiso de maternidad que solicitaba la demandante y deja sin efecto la prestación por paternidad que tenía reconocida.

Asimismo, resulta interesante la sentencia del TSJ de Islas Canarias, Las Palmas, núm. 863/2014, de 22 de mayo (Rec. 1575/2012) porque, pese a tratarse también de la adopción del hijo del cónyuge, ocurre que la filiación entre el cónyuge y el menor se constituyó mediante adopción internacional. El INSS plantea subsidiariamente en su recurso la duda referida a si la adopción sucesiva podría llevar a la denegación de la segunda prestación de maternidad –por haberse disfrutado anteriormente en virtud del mismo menor y establecer los artículos 49.b y 51 del EBEP³⁸ que “en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso”-. Respecto a esta cuestión, el citado TSJ razona lo siguiente: “lo que prohíbe es que se disfrute un permiso tras la decisión administrativa y otro tras la judicial, no que dos personas distintas disfruten el permiso aunque el menor sea el mismo. Piénsese que de seguirse tal interpretación se llegaría al absurdo de que si un menor pasara por varias adopciones, por causas como el fallecimiento del primer adoptante, la que se produjera en segundo lugar no tendría derecho al permiso, algo que no tiene sentido alguno y carece de fundamentación razonable”³⁹.

Sin embargo, citando a la Magistrada de instancia, el tribunal añade a dicho inapelable argumento otro motivo basado en el hecho de que, de denegarse el derecho al progenitor que adopta a la hija de su cónyuge –siendo esta la segunda vez que la menor es adoptada- se estaría ofreciendo un trato peor a los padres adoptivos que a los biológicos. Pues bien, dejando a un lado la aplicabilidad del inciso del artículo 49.b EBEP (“en ningún caso un mismo menor...”) que, al igual que los órganos judiciales, también entiendo rechazable para este tipo de supuestos, cabe discrepar con la afirmación extraída de aquella comparación entre padres adoptivos y biológicos. Máxime cuando como consecuencia de su inaplicación no llegaríamos a una situación de igualdad efectiva entre padres biológicos y adoptivos. Al contrario, serían los padres adoptivos que se acogiesen a la adopción sucesiva quienes gozarían de un privilegio –el disfrute en su totalidad del permiso de maternidad- que jamás podrían alcanzar los padres biológicos, quienes habrán de conformarse con la prestación de paternidad, cuya duración, aun ampliada recientemente⁴⁰, es claramente inferior; concretamente, en el caso común, una cuarta parte.

La última sentencia destacable⁴¹ de entre las que concurre la circunstancia principal común en todas las analizadas es la que se dictó el 3 de octubre de 2014 por el TSJ de Madrid (Rec. 117/2014). Como hechos distintivos respecto a otros asuntos ya vistos por los órganos judiciales sucede aquí que quien disfrutó de la prestación de maternidad por parto fue el padre biológico, de manera que es la nueva esposa de éste quien disfruta, tras la adopción de sus dos hijos, de una nueva prestación de maternidad –que interrumpe con motivo de la resolución denegatoria por parte de la Dirección Provincial del INSS-. El fallo, que copia una vez más los argumentos emitidos por el Tribunal Supremo en 2010, viene a declarar el derecho de la madre adoptiva al permiso de maternidad por

³⁸ De aplicación aquí en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del ET por ser lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, dado que la hija tiene más de seis años y de aplicarse el ET no tendría derecho al permiso de maternidad. Esta cuestión representa el principal motivo de recurso por parte de la entidad gestora.

³⁹ Argumento de reiterado uso posterior por parte de la Sala en supuestos similares: SSTSJ de Islas Canarias, Las Palmas, núm. 1259/2014, de 7 de julio (Rec. 145/2014) y núm. 729/2015, de 27 de abril (Rec. 145/2015).

⁴⁰ A pesar de haberse aplazado durante varios años la entrada en vigor de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, conforme a lo indicado en la DF 11ª de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, desde el 1 de enero de 2017 y hasta el 4 de julio de 2018, la duración de la prestación de paternidad ha sido de cuatro semanas. Antes de 2017 apenas se tenía derecho a suspender el contrato durante trece días, en los casos comunes de paternidad.

⁴¹ El criterio del TS se ha continuado siguiendo unánimemente. Entre las más recientes, véase la STSJ de Madrid núm. 243/2018, de 16 de marzo (Rec. 1260/2017). Como dato que merece ser tenido en cuenta, el tribunal madrileño falla sin tener presente la nueva duración del permiso de paternidad de cuatro semanas, ya que por razones temporales no es aplicable al caso.

una duración de dieciocho semanas y al subsidio especial de seis semanas⁴². Más allá de estas circunstancias, lo verdaderamente novedoso proviene, por un lado, del fraccionamiento del disfrute del derecho en dos periodos –tras ser suspendido por la trabajadora al conocerse la denegación por parte de la entidad gestora⁴³- y, por otro lado, la corta edad de los adoptados, quienes nacieron en 2010 –agotando el padre biológico la prestación de maternidad- y fueron adoptados en mayo de 2011.

IV. REFLEXIONES Y PROPUESTAS FINALES

Como se puede comprobar del análisis jurisprudencial anterior, la cuestión ha sido foco de debate y la solución que finalmente parece haberse tomado, a la luz de la interpretación expuesta por el Tribunal Supremo, ha sido la de conceder la prestación de maternidad a todos aquellos solicitantes que, habiendo adoptado al hijo o a la hija de su cónyuge o pareja, cumplan los requisitos de acceso al descanso y a la prestación y se dispongan a hacer uso de este derecho. Además, con independencia de si el cónyuge ha disfrutado con anterioridad de una prestación de maternidad por el nacimiento, adopción o acogimiento de ese menor, porque, *a priori*, la causa o motivo de la prestación es distinta; la de esta segunda prestación consistiría en favorecer la convivencia entre adoptante y adoptado tras la formalización o legalización de dicho vínculo, independientemente de si ha existido convivencia previa.

Al mismo tiempo, ha quedado constatado que este caso específico no plantea diferencias de trato con motivo de la orientación sexual de los progenitores ni de su modo legal de unión, ya que no distingue entre matrimonio y unión de hecho. Sin embargo, cabría preguntarse si de los pronunciamientos judiciales podría derivarse un supuesto de discriminación por razón de filiación o de vulneración del principio de igualdad cuando comparamos los derechos al descanso –recordemos, de dedicación primordial al menor- que se confieren a los progenitores biológicos y a los progenitores adoptivos. Como es sabido, los artículos 14 y 39 CE consagraron el principio de igualdad de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, y en coherencia con ello, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, dio nueva redacción a su artículo 108 con objeto de eliminar las fuentes de discriminación provenientes de las distintas clases de filiación.

Es incuestionable que la diferencia de trato estriba en el alcance del derecho al descanso con causa en la maternidad y en la paternidad, respectivamente. De este modo, a pesar de lo apuntado por la citada sentencia del TSJ de Canarias núm. 863/2014 respecto a la igualdad que se conseguiría de permitir el acceso al descanso de maternidad a los padres adoptivos –aspecto ya discutido en el apartado anterior-, ocurre que quien ostenta la condición de segundo progenitor como consecuencia del parto sólo puede acceder a la prestación de paternidad (cuya duración máxima permanecía estancada hasta hace poco tiempo en 13 días) o a la parte de la prestación de maternidad que su consorte le haya querido ceder –derecho, pues, subordinado al de la madre⁴⁴- cuya duración, salvo en muy puntuales situaciones, no superará las diez semanas de descanso. En cambio, nótese que la persona que adopta al hijo de su consorte o pareja está en mejor posición jurídica puesto que, en base al criterio de la doctrina judicial, podría disfrutar de un permiso de maternidad distinto, autónomo y dotado de, al menos, dieciséis semanas.

Para entender cómo se ha llegado a tal situación ha sido preciso aclarar el bien jurídico que se ha querido proteger al ofrecerse al trabajador la posibilidad del descanso y de las prestaciones económicas que salvaguardan la ausencia de ingresos inherente a los permisos de maternidad y de paternidad. Dicho de otro modo, qué situaciones de necesidad se crean a consecuencia de la

⁴² El mismo periodo de suspensión del contrato y prestación se reconoce en un supuesto idéntico visto por el TSJ de Castilla-La Mancha, sentencia núm. 1044/2016, de 28 de julio (Rec. 1211/2015).

⁴³ Sobre la justificación de la decisión del trabajador a esperar la resolución que confirme su derecho a prestaciones y de no disfrutar del descanso en precario, véase el Fundamento Jurídico 6º de esta sentencia y el 5º de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de los de Madrid 303/2008, de 28 de julio (Proc. 507/2008).

⁴⁴ Muy crítica con los efectos que genera esta dependencia: FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *op. cit.*, p. 182.

maternidad y, consecuentemente, se desean compensar. Por lo que respecta a esas necesidades, una parte de la doctrina judicial ha sido tajante al declarar que “tampoco puede sugerirse [...] que en el caso de la adopción del hijo habido por el cónyuge femenino del mismo sexo que la adoptante, al existir convivencia previa, [...] ya no tiene razón de ser familiarizarse con el adoptado. Esta es una finalidad previsible e incluso explicitada en el proceso de elaboración de la norma, pero no es la única posible, porque también es posible esa especial dedicación familiar en el momento de la adopción aunque existiera en algún grado convivencia -piénsese en la adopción del acogido- y sobre todo porque la Ley dice con claridad meridiana que es la adopción el hecho causante, existiera o no convivencia previa (“*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”)⁴⁵. Al hilo del mismo principio, podemos encontrar el Fundamento de Derecho 2º de la STSJ de Baleares 464/2006, de 30 de octubre (Rec. 455/2006), que argumenta que “la Ley presume que en los supuestos de hecho normativos la situación de necesidad normalmente se produce, pero no contempla mecanismos que faculden para dejar de prestar la protección que regula en las hipótesis singulares en que la necesidad no surge realmente”.

En la misma línea se mantendría el último de los argumentos expuesto en el análisis de la STS de 15 de septiembre de 2010, referido al momento en el que devienen las necesidades de integración y afecto entre los protagonistas de la adopción y que viene a situarlo en el instante en el que la adopción se hace efectiva. En mi opinión, este argumento carece de sentido en cuanto que la realidad demuestra que los primeros contactos entre el adoptante y el adoptando se suelen dar con suficiente anterioridad a la resolución que, *a posteriori*, constituirá legalmente esa relación. Sin perjuicio de la relevancia de ese trámite, no depende de éste la integración en la nueva familia ni el estrechamiento de los lazos afectivos.

En el mismo sentido, GÓMEZ GORDILLO⁴⁶ señala que, en el supuesto de adopción del hijo del cónyuge, “la satisfacción de la necesidad del menor a la que debe dirigirse la normativa aplicable (integración familiar y social) se saturó con anterioridad, por lo que la extensión del derecho no cumple los objetivos establecidos en la norma”. Esta tesis coincide con lo establecido en el ordenamiento jurídico portugués⁴⁷. Asimismo, resulta acertada, en aras a reflexionar sobre el atino de la posición mayoritaria de los tribunales ante esta cuestión, la comparación que realiza el propio autor respecto a un caso donde tampoco se entiende que la función protectora de la norma actúe correctamente: aquel en el que la madre biológica cede parte de su permiso de maternidad al padre cuando este reside permanentemente lejos del hogar familiar.

Por otro lado, FERNÁNDEZ PRIETO discrepa tanto con la aplicación estricta del criterio de la convivencia previa a efectos de denegar el permiso como con la extensión indiferenciada de dicho permiso a estos supuestos de adopción del hijo del cónyuge⁴⁸. La propuesta de la autora consiste en una solución parcial de modo que se deniegue el disfrute del descanso por maternidad cuando uno de los progenitores actuales del menor haya ya disfrutado del mismo con motivo del parto o adopción de este menor. No obstante, la autora deja abierta la posibilidad a una segunda prestación cuando la primera hubiese sido disfrutada por un progenitor que actualmente no ostenta esa condición. En el caso de que el progenitor haya disfrutado de la prestación de maternidad por parto o adopción, entiende que se le debería conceder la prestación por paternidad y, de forma viceversa, si se disfrutó de la prestación de paternidad, permitir el disfrute de la prestación de maternidad. Adelantando que no comparto que deba jugar aquí esta dependencia dado que lo que provoca una y

⁴⁵ Fundamento de Derecho 4º de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de los de Madrid 303/2008, de 28 de julio (Proc. 507/2008).

⁴⁶ GÓMEZ GORDILLO, R.: “Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 21, 2011, en pdf, p. 6/6.

⁴⁷ El artículo 11 de la Ley portuguesa núm. 4/1984, de Protección de la Maternidad y de la Paternidad niega el derecho cuando se den estas circunstancias. Esta regulación se mantiene en el artículo 15.1 del Decreto-Ley 89/2009, de 9 de abril: “1. O subsídio por adoção é atribuído aos candidatos a adotantes nas situações de adoção de menores de 15 anos, devidamente comprovadas, exceto se se tratar de adoção de filho do cônjuge do beneficiário ou da pessoa com quem este viva em união de facto, e corresponde, com as devidas adaptações, ao subsídio parental inicial”.

⁴⁸ FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *op. cit.*, pp. 183-185.

otra prestación son motivos independientes derivados de situaciones de necesidad a *priori* distintas - aunque, como se ha indicado, a veces sea complicado distinguirlas-, sí coincido con ella cuando, citando literalmente la STC 154/2006, de 22 de mayo, entiendo que se debería plantear “un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida tomada, el resultado producido y la finalidad pretendida”, ello “sin obviar, además, la importancia de la interpretación sistemática de la Constitución, que obliga a interpretar el art. 14 CE con el trasfondo de los apartados 2 y 3 del art. 39”.

Pues bien, en respuesta a la cuestión relativa a si estamos o no ante un caso de discriminación por razón de nacimiento en detrimento de la protección de los hijos nacidos biológicamente, cabe indicar que si la causa para alegar discriminación por parte del hijo natural se asienta en la menor duración del descanso alcanzable por su segundo progenitor en comparación con la que puede llegar a disfrutar el padre adoptivo del hijo de su cónyuge, este motivo resultaría insuficiente puesto que, en todo caso, sería en torno a los hijos adoptivos sobre quienes podría plantearse tal cuestión, en el supuesto de entenderse que han sido históricamente perseguidos o perjudicados por esa razón. Y ello a pesar de que el Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico 4 *in fine* de la ya mencionada STC 154/2006, se apoye en otras sentencias como la STC 67/1998, de 18 de marzo (FJ 5) y 200/2001, de 4 de octubre (FJ 4) para reflejar que “toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias”.

No obstante lo anterior, es cierto que situaciones materialmente iguales o que generan necesidades muy similares, están dando lugar a resultados distintos en materia de prestaciones. En consecuencia, la pregunta que debería plantearse gira alrededor del principio de igualdad. Es decir, cabría cuestionarse si se cumplen las notas de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en lo relativo al peor trato recibido por los padres biológicos en comparación con el de los padres adoptivos, teniendo en cuenta para ello las diferencias existentes entre ambas situaciones de necesidad. La respuesta ha de ser negativa si tenemos en cuenta que el resultado puede llegar a ser casi idéntico al que trata de evitar, entre otras normas, el artículo 48.4 ET en el sexto párrafo de su redacción actual; la duplicidad de prestaciones en los supuestos de adopción tras acogimiento.

Por ejemplo, puede ocurrir, como en el caso que resuelve la STSJ de Madrid, de 3 de octubre de 2014 (Rec. 117/2014), que el menor sea adoptado por el cónyuge de su progenitor al poco tiempo de nacer y al adoptante se le conceda el descanso por maternidad en total plenitud, cuya protección es mayor a la del descanso por paternidad que recibiría un padre biológico, quien debe atender a los mismos deberes como progenitor y a similares -cuando no idénticas- necesidades del menor. Por lo tanto, ante supuestos de hecho prácticamente iguales y sin otra finalidad constitucionalmente legítima aparente no hay motivo para una diferenciación desproporcionada en materia de duración del descanso y en términos de protección al menor. Ni siquiera alegando discriminación positiva o inversa, puesto que los adoptantes del hijo del cónyuge no pueden ser considerados, en términos generales, como un colectivo desfavorecido.

En definitiva, a excepción del particular supuesto en el que el cónyuge fallezca o desaparezca antes de la fecha de adopción o durante el disfrute del permiso laboral por el beneficiario de la prestación⁴⁹, la adopción del hijo del cónyuge o pareja genera una situación de necesidad que -en abstracto- se asemeja más a la que padece el padre o segundo progenitor en el supuesto de maternidad biológica -compensada con el permiso de paternidad- o, incluso, al de adopción conjunta de un recién nacido, que a la de la adopción típicamente conocida, esto es, la que se produce cuando un menor es adoptado por alguien con quien no ha mantenido convivencia previa ni se encuentra en el círculo familiar o social cercano -supuesto en el que podrá generarse un nuevo derecho al descanso por maternidad-.

⁴⁹ Situación que debería estar específicamente recogida y protegida mediante el reconocimiento del derecho a acumular los periodos de suspensión del contrato por maternidad y paternidad, como así prevé el art. 3.3 y 8.5 del RD 295/2009 en relación a la maternidad natural y a la adopción o acogimiento comunes.

Pues bien, partiendo de que tanto la edad del menor como las razones y demás circunstancias que envuelven a la adopción del hijo del cónyuge pueden ser muy variadas y, sin embargo, los tribunales han venido fallando -casi unánimemente- a favor de la concesión de la prestación de maternidad a este “segundo” progenitor, lo justo sería que las prestaciones de maternidad y paternidad se igualasen al alza, de modo que el menor pueda disfrute del mayor tiempo posible del cuidado y convivencia con las dos personas que vayan a hacerse cargo de su bienestar durante los primeros doce meses posteriores al parto o a la adopción.

En efecto, se confía en que el Tribunal Constitucional ejerza una labor integradora estimando las demandas que ya ha admitido a trámite⁵⁰ y declarando la inconstitucionalidad del diferente grado de responsabilidad que evidentemente se desprende de la comparativa entre la duración del permiso por maternidad y el de paternidad⁵¹. Una resolución judicial en este sentido obligaría a los poderes públicos a reconocer el derecho de los padres o progenitores a un permiso en igualdad de condiciones independientemente de su condición de “madre” o “padre”⁵². No obstante, si bien es cierto que toda medida que permita a los trabajadores compatibilizar su trabajo es positiva porque “indirectamente tienen una finalidad de promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres”⁵³, para favorecer la corresponsabilidad y la protección del menor de forma igualitaria sería plausible que este derecho fuese intransferible en todo caso y se pudiese disfrutar de forma flexible. Esto es, simultánea o sucesivamente -promoviendo así que el segundo progenitor no sólo ejerza como “ayudante” sino como “cuidador responsable”-, y de forma ininterrumpida o interrumpida⁵⁴, sin perjuicio de que su ejercicio deba ser obligatorio para los dos progenitores⁵⁵ durante, al menos, las dos primeras semanas después del embarazo o de la adopción o acogimiento⁵⁶.

En esa línea, es de justicia reclamar, no sólo que se continúe reconociendo judicial y legalmente el permiso a quienes adoptan al hijo del cónyuge, sino también que se prescinda de formalismos y se corrija el desajuste cronológico -denunciado en las páginas anteriores- que se produce en esos casos entre el inicio efectivo de la convivencia y la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

El modo más sencillo y eficaz consistiría en incluir una previsión normativa, olvidada en las proposiciones de Ley hasta ahora conocidas⁵⁷. En efecto, una de las últimas presentadas propone el

⁵⁰ En fecha de 16 de abril de 2018, a consecuencia del recurso de amparo promovido por nueve padres y la Plataforma por Permisos iguales e intransferibles por Nacimiento y Adopción (PPiNA) contra la STSJ de Madrid de 30 de junio de 2017 (Rec. 423/2017).

⁵¹ Recuérdese que la *ratio legis* del permiso de paternidad era “contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares” (Art. 44.3 de la LOI). Desde una interpretación finalista y teleológica de la norma, el hecho de que el objetivo último sea un reparto “más equilibrado” exige que la entidad del derecho reconocido a cada progenitor deba disfrutarse en las mismas condiciones. Nótese que el capítulo que integra el precepto se denomina “Igualdad y conciliación”). Desde la perspectiva de la Unión Europea, cabe remitir a la STJUE de 19 de marzo de 2002 (Asunto C-476/99, caso *Lommers*).

⁵² Como concluyen MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M.: “La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016, p. 25. “Los derechos de conciliación y la corresponsabilidad familiar entre mujeres y hombres exigen una transformación jurídica y social en profundidad y en particular de las mentalidades que debería plasmarse en una Carta Marga renovada”.

⁵³ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2 extra, 2007, p. 71.

⁵⁴ Una idea importable es la de los diez “*keeping in touch days*” del ordenamiento jurídico británico, que permiten interrumpir el permiso para hacer cualquier tipo de trabajo o asistir a cursos de formación o reuniones. La misma ha sido resaltada y resumida por GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Capítulo tercero. Subsidios por maternidad y paternidad”, en AA.VV. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.), *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 190.

⁵⁵ Con antelación a la LOI ya se proponía la obligatoriedad de un permiso de paternidad: TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Civitas, Madrid, 2006, p. 43.

⁵⁶ Como viene argumentando y reclamando insistentemente la Plataforma por Permisos iguales e intransferibles por Nacimiento y Adopción (PPiNA), cuyo único objetivo es el de reformar el sistema de permisos de maternidad y paternidad para crear derechos individuales e intransferibles, iguales y pagados al 100 % para cualquier persona progenitora. Se remite a su página Web oficial: <https://igualesintransferibles.org> (última consulta: 20 de junio de 2018).

⁵⁷ Por ejemplo, véanse las presentadas por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos, promovidas por la PPiNA (DOCG de 16 de enero de 2017 y de 7 de mayo de 2018). Esta última ha sido tomada en consideración y está abierta a la presentación de enmiendas hasta el 18 de septiembre de 2018 (BOCG de de 13 de julio de 2018).

reconocimiento de treinta semanas de permiso a favor del único progenitor que compone una familia monoparental -ampliable en dos semanas por discapacidad del hijo o por cada hijo a partir del segundo-⁵⁸. Habida cuenta de los efectos que puede acarrear en su carrera profesional y las ventajas derivadas de que el menor encuentre un segundo apoyo y socialice con él, no debería ser ésta la única opción, sino una alternativa a la que seguidamente se propone y que consistiría en el reconocimiento expreso a la persona responsable de la unidad familiar monoparental -incluida la maternidad subrogada monoparental- del derecho a designar a una segunda persona que, por razones de convivencia, parentesco y, en todo caso, por hacerse cargo del cuidado del menor, disfrute del permiso parental.

No en vano, si por lo que respecta a la maternidad subrogada se ha afirmado que “existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas”⁵⁹, la misma conclusión es extrapolable a aquella segunda persona que supla la carencia del segundo progenitor típico del modelo familiar tradicional e inexistente en las familias monoparentales. Los motivos principales para extender este derecho del modo indicado son: en primer lugar, la protección del menor en igualdad de condiciones a como lo haría un recién nacido o adoptado por dos personas, esto es, con independencia de su filiación; en segundo lugar, la liberación al sustentador único de la familia de asumir el doble de responsabilidades; y, en tercer lugar, respecto al específico caso de que la persona en quien se delegue esa segunda prestación sea la pareja o persona con la que convive, la eliminación del requisito formal de adopción, de manera que pueda disfrutar del permiso sin trabas administrativas innecesarias y en el momento en que efectivamente comience a convivir con el menor.

⁵⁸ La presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG de 22 de junio de 2018).

⁵⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R.: “El Tribunal Supremo ante la “gestión por sustitución”: reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017, p. 164.

CAPÍTULO XVIII. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y PROTECCIÓN SOCIAL: UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO Y LA JURISPRUDENCIA

JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna*

I. INTRODUCCIÓN

La familia constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad, como así lo enuncia el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. No aporta el texto legal, intencionadamente, un concepto de familia, por cuanto desde la segunda mitad del siglo XX se ha venido experimentando una profunda transformación en las estructuras familiares. Así, el modelo tradicional ha empezado a convivir con nuevos modelos familiares, en particular, familias monoparentales¹ y familias homoparentales. De ese modo, se ha evolucionado de la familia tradicional a la familia postradicional², o lo que es lo mismo, de la familia modelo a los modelos de familia³.

Ahora bien, la imposibilidad de tener hijos de manera biológica por parte de las estructuras familiares postradicionales, junto con los problemas de fertilidad que experimentan algunas familias tradicionales, ha dado lugar a la búsqueda de técnicas que aporten una solución. La gestación por sustitución ha venido a cumplir esa función. De hecho, esta práctica reproductiva se ha visto incrementada en los últimos años, en detrimento de las adopciones internacionales.

En cuanto a su regulación, los Estados han venido adoptando distintas posturas. En aquellos países en los que se prohíbe, como es el caso de España, los denominados progenitores intencionales o progenitores subrogantes, terminan acudiendo a naciones en las que sí se permite, con la finalidad de eludir deliberadamente su legislación de origen. La vuelta a su país de procedencia con los hijos nacidos, en el que se pretende dar plenos efectos jurídicos a la relación de filiación, ha venido planteando dilemas a las autoridades y tribunales nacionales. En el ámbito de la Seguridad Social, la solicitud de la prestación de maternidad ha dado lugar a una controvertida doctrina judicial que finalmente ha sido unificada por el TS⁴.

La presente comunicación pretende llevar a cabo un análisis jurídico sobre la materia. En primer lugar, se abordará la regulación actual de la gestación por sustitución. Para ello, con carácter previo, nos centraremos en la legislación prohibitiva de nuestro país. A continuación, se abordará el

¹ La ONU en su resolución número A/72/431, aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2017, recuerda que las familias encabezadas por un único progenitor se encuentran en especial situación de vulnerabilidad. Por ese motivo, alienta a los Estados miembros a establecer sistemas de protección social de carácter universal que incluyan, no solo medidas económicas, sino también en especie, tales como la facilitación del acceso a servicios básicos, educación de calidad y servicios de salud.

² BARAÑANO CID, M. y DE LA PAZ, J.: “Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional”, en VV.AA.: *Seguridad Social y Familia*, GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Coord.), Madrid, La Ley, pp. 3-54.

³ GONZÁLEZ, M^a DEL M.: “Nuevos modelos familiares”, Ponencia presentada al 52 Congreso de la Asociación Española de Pediatría, Madrid, 19-21 de junio de 2003, en http://www.pasa.cl/wp-content/uploads/2011/08/Nuevos_modelos_familiares_Gonzalez_Maria_del_Mar.pdf.

⁴ SSTs de 25 de octubre de 2016 (recurso número 3818/2015) y de 16 de noviembre de 2016 (recurso número 3146/2014).

panorama legislativo internacional, destacando dos modelos regulatorios de corte permisiva, y poniendo especial énfasis en la protección social que otorgan a sus ciudadanos. Sentado lo anterior, será objeto de comentario la reciente jurisprudencia española que se ha mostrado a favor de la concesión de la prestación por maternidad, cuando el contrato de gestación por sustitución se ha celebrado fuera de nuestras fronteras.

II. LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: SITUACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA Y PERSPECTIVA INTERNACIONAL

1. EL MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La gestación por sustitución puede definirse como aquel “contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”⁵.

A partir de este concepto jurídico, se puede establecer una clasificación de los tipos contractuales teniendo en cuenta si media precio o no. De ese modo, si la gestante percibe una remuneración económica, debe hablarse de gestación por sustitución comercial. Por el contrario, cuando únicamente se le compensa por los gastos ocasionados, estaremos en presencia de una gestación por sustitución altruista.

Nos encontramos ante una figura jurídica que plantea delicadas cuestiones éticas, por lo que, ante la falta de consenso, son los Estados los que deben disponer de un amplio margen para su regulación⁶. Sobre la conveniencia de su regulación en nuestro país, las posturas son enfrentadas. Quienes se muestran en contra, lo fundamentan alegando en que con ello se estaría legislando sobre la mercantilización de la maternidad⁷. Tal argumento es rebatido de contrario por quienes entienden que es preciso un marco jurídico-legal que proporcione seguridad jurídica, entendiendo que no hay cosificación de la gestante cuando es fruto de una decisión libre⁸.

El legislador español ha optado por prohibir las dos modalidades de gestación subrogada. Así se deduce del artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistidas, que declara nulo “el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. La justificación de esta prohibición debe encontrarse en la ilicitud de la causa del contrato, por cuanto su objeto, una persona, está fuera del comercio de los hombres⁹.

Si pese a lo anterior, se llevara a cabo un embarazo subrogado en España, el artículo 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, establece que “la filiación de los hijos nacidos... será determinada por el parto”. Esta ley sigue el principio *mater semper certa est*, por lo que la madre legal del recién nacido sería siempre la gestante. De ese modo, los progenitores subrogantes no tendrían ninguna protección legal ni derechos sobre el recién nacido.

⁵ SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (recurso número 949/2011).

⁶ Así lo han expresado las SSTEDH de 26 de junio de 2014 (caso Mennesson contra Francia) y de 26 de junio de 2014 (caso Labasse contra Francia).

⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, M. L.: *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pág. 70.

⁸ OLARTE ENCABO, S.: “La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 2, 2015, pág. 131.

⁹ El art. 1271 del Código Civil establece que “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”, y el art. 1275 del mismo cuerpo legal, impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita.

En un intento de regular este contrato, el Grupo Parlamentario de Ciudadanos presentó una proposición de ley¹⁰, si bien fue finalmente rechazada. Así las cosas, si una persona española quiere tener un hijo mediante la gestación por sustitución deberá suscribir el contrato en un país extranjero cuya ley lo autorice. Esta circunstancia da lugar a un fenómeno de huida de la legislación española¹¹. Hay, pues, una flagrante desconexión entre la sociedad y la ley.

2. MODELOS DE REGULACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL

Dado que el contrato debe suscribirse en el extranjero, hay que tomar en consideración cuál es el contexto normativo internacional al que nos enfrentamos. La mayor parte de los países se han posicionado en la misma línea prohibitiva de España, vetando, por tanto, todas las formas de gestación por sustitución. En esta corriente se sitúan, en el contexto europeo, Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Suiza, Austria o Noruega. En el mismo sentido se han pronunciado, fuera de nuestro entorno, Turquía, China, Japón, o algunos estados de Estados Unidos, como Nueva York.

Dentro de los países que permiten esta práctica reproductiva, la mayor parte toleran únicamente la gestación por sustitución altruista. Canadá tiene una de las legislaciones más favorables, al permitirlo tanto para nacionales como para extranjeros, y para todos los modelos de familia. Profundizaremos en el modelo canadiense con posterioridad.

Sin embargo, otros países que permiten la gestación por sustitución altruista son más restrictivos. Tal es el caso del Reino Unido¹². No se permite para personas solas, por cuanto solo se concibe para parejas y siempre que uno de los dos miembros resida en el país. La legislación reconoce como madre legal a la gestante, e incluso asigna la paternidad a su marido o pareja. Por su parte, los padres intencionales deben solicitar la paternidad legal tras el nacimiento. Es la gestante la que tiene derecho al descanso por maternidad, así como a la prestación pública correspondiente, no así los padres de intención, lo que fuerza a estos últimos a renunciar al puesto de trabajo o a solicitar excedencias sin sueldo para cuidar del menor.

Por último, dentro de las legislaciones que consienten la gestación por sustitución comercial, encontramos la del estado de California, que estudiaremos a continuación. Ahora bien, los costes son elevados, al tener que abonar una remuneración a la gestante y siendo privada la sanidad. Se estima que la cuantía total no está por debajo de los 100.000 dólares. Este hecho obliga a muchos padres intencionales a acudir a países como Ucrania, donde también se permite la modalidad comercial, tanto para nacionales como para extranjeros, si bien con una importante limitación, por cuanto se exige que sean parejas heterosexuales casadas en situación de infertilidad.

La búsqueda del destino más económico dio lugar a que países como la India, en donde se permitía la gestación subrogada de tipo comercial, se convirtiera en la capital mundial de estas prácticas. Se estima que en este país el coste era cinco veces menor que en Estados Unidos. Ahora bien, el nivel de pobreza y de exclusión social de su población dio lugar a situaciones de explotación de la mujer¹³. Es por ello, por lo que la legislación del país adoptó un nuevo rumbo¹⁴. Ahora no solo se veta esta práctica para los extranjeros, sino que solo se consiente cuando sea de tipo altruista y debido a problemas de fertilidad. Además, la nueva ley exige que la gestante sea un familiar cercano.

¹⁰ Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF

¹¹ “No resulta acertado simplificar esta cuestión en una mera conexión con el turismo reproductivo, ya que confluyen otras variables o motivaciones, como la orientación sexual, la esterilidad o disfunciones que impiden la gestación, las dificultades para la adopción en muchos países y su lentitud..., sin que se pueda hacer tabla rasa de todas ellas”, como así lo expone OLARTE ENCABO, S.: *op. cit.*, pág. 130.

¹² Surrogacy Arrangements Act, 1985, disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>.

¹³ Algunas voces vienen apuntando a la necesidad de una legislación internacional como forma de evitar prácticas contrarias a los derechos humanos, como así lo expone GARCÍA SAN JOSÉ, D.: “Epigenética y gestación por sustitución: más razones a favor de una regulación internacional para un negocio global”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2017, pp. 329-368.

¹⁴ Surrogacy (Regulation) Bill, 2016, disponible en [http://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy %20\(Regulation\) %20Bill, %202016.pdf](http://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20(Regulation)%20Bill,%202016.pdf)

A) La gestación por sustitución comercial en California

En Estados Unidos la legislación no es general, sino que cada estado tiene sus propias leyes al respecto. El estado de California ha sido pionero en materia de gestación por sustitución, permitiendo la de tipo comercial, tanto para nacionales como para extranjeros y para todos los modelos de familia. No obstante, no cuenta con una ley expresa, sino con unas líneas de actuación que se han ido determinando por la jurisprudencia. Se realizan evaluaciones psicológicas a todas las partes implicadas y se exige que la gestante haya tenido sus propios hijos de forma natural. Además, la filiación se determina mediante una sentencia judicial previa al nacimiento, asignando la paternidad y/o maternidad a los progenitores subrogantes, lo que confiere mayor seguridad.

En lo que a la prestación de maternidad se refiere, tanto la gestante como los progenitores subrogantes que fueran nacionales, podrán ser beneficiarios, teniendo en cuenta una serie de premisas. Se contempla al respecto un único permiso. La ley federal¹⁵, aplicable a todo el país, contempla que se tiene derecho a un período de descanso de 12 semanas que se podrán disfrutar dentro de un período de referencia de 12 meses, ya sea de forma continuada o no. Se trata de un derecho individual de cada progenitor que sea trabajador, cualquiera que sea su sexo. Ahora bien, para poder ser sujeto causante, la empresa debe tener al menos 50 empleados, y al beneficiario se le exige una carencia de al menos 1250 horas de trabajo para esa empresa en los últimos 12 meses.

Este período suspensivo no conlleva prestación económica alguna. No obstante, la ley del estado de California¹⁶ establece el derecho a la misma durante un período de seis semanas. Desde el 1 de enero de 2018 su cuantía equivale al 60 % ó 70 % del salario, en función de los ingresos del beneficiario¹⁷. Además, se ha reducido el número mínimo de empleados que debe tener la empresa, de 50 a 20, para poder acceder a esta prestación.

B) La gestación por sustitución altruista: el modelo canadiense

Como expusimos anteriormente, Canadá solo permite la gestación subrogada de tipo altruista¹⁸, a excepción de la provincia de Quebec, donde está prohibida. La gestante no puede ser menor de 21 años y únicamente es posible abonarle los gastos que ésta justifique debidamente. Al igual que en California, la filiación se determina mediante sentencia judicial antes del nacimiento. Además, el sistema público de salud cubre los gastos médicos.

Para los nacionales se regulan dos clases de prestaciones públicas¹⁹, la prestación de maternidad y la prestación parental. Un requisito común a ambas es la exigencia de una carencia de al menos 600 horas de trabajo en las 52 semanas inmediatamente anteriores al comienzo del disfrute de la prestación. La prestación de maternidad está dirigida únicamente para las madres biológicas, incluidas las gestantes en los casos de maternidad subrogada. Se tiene derecho a ésta por un período máximo de 15 semanas y su cuantía equivale al 55 % del salario medio semanal. Por otro lado, los progenitores subrogantes podrán compartir la prestación parental. Su cuantía asciende al 55 % del salario medio mensual si optan por una duración de 35 semanas, o del 33 % si prefieren ampliarla hasta las 61 semanas.

¹⁵ Family and Medical Leave Act, 1993, disponible en <https://www.dol.gov/whd/fmla/fmlaAmended.htm>

¹⁶ La prestación económica se denomina Paid Family Leave, y se regula en el Unemployment Insurance Code, disponible en https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=UIC§ionNum=3300.&highlight=true&keyword=family%20rights%20act

¹⁷ New Parent Leave Act, 2017, disponible en https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201720180SB63

¹⁸ Assisted Human Reproduction Act, 2004, disponible en <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf>

¹⁹ La norma jurídica que regula estas prestaciones en Canadá es la Employment Insurance Act, 1996, disponible en <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/E-5.6.pdf>

III. LA PROTECCIÓN POR EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

Una vez el menor nacido, para facilitar la continuidad transfronteriza de la relación de filiación, se permite su inscripción en el Registro Civil español²⁰. Realizado este trámite y de regreso a España, los progenitores subrogantes han venido solicitando la prestación por maternidad. El INSS se había venido oponiendo sistemáticamente a su reconocimiento, en base a la nulidad del contrato en España y a su falta de previsión expresa en la normativa de Seguridad Social.

Esta misma situación venía aconteciendo en otros países de nuestro entorno. Así, en relación con la denegación de un permiso de maternidad en el Reino Unido, la jurisprudencia comunitaria había expresado al respecto que la Directiva 92/85/CEE no obliga a los Estados miembros a su concesión, no pudiendo valorarse como una situación de discriminación por razón de sexo, a la luz de la Directiva 2006/54/CEE²¹. Este último argumento es igualmente esgrimido por el TJUE cuando un supuesto de similar naturaleza se plantea en Irlanda, argumentando, además, que la Directiva 2006/54/CEE no comprende situaciones de gestación por sustitución²². El carácter restrictivo de ambos pronunciamientos contrastaba curiosamente con alguna sentencia dictada previamente por los tribunales españoles a favor de conceder el subsidio²³.

En todo caso, estas resoluciones del TJUE sirvieron de fundamento para la tesis denegatoria de la prestación que fue seguida por un sector de la doctrina judicial española²⁴ y de la doctrina científica²⁵. No obstante, también hubo voces en contra, al valorar como insuficiente tal argumentación jurídica²⁶, por entender que los tribunales suplicatorios no se adentraban en cuestiones complejas sobre la delimitación del interés superior del menor²⁷. Este planteamiento sirvió para que otro sector de la doctrina judicial se mostrara a favor de la concesión del permiso y de la prestación, entendiendo que debía equipararse a las situaciones de adopción y acogimiento²⁸. Como se vino a señalar por la doctrina científica, una vez que queda “constancia registral del progenitor biológico”, no es posible privar al menor de la atención, bienestar y cuidado que su persona merece y que constituye un elemento prioritario de la prestación de maternidad en nuestra legislación²⁹. Pero la procedencia del subsidio no solo se entendía en base a la analogía con la adopción, sino también por otros dos argumentos: por un lado, por la aplicación de la disposición adicional quinta de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que equiparó a la adopción y el acogimiento, “aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento..., cualquiera que sea su denominación”; y, por otro lado, por el principio pro operario o pro beneficiario³⁰. De hecho, podríamos introducir un

²⁰ Así se reconoce en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN (BOE 7 de octubre de 2010).

²¹ STJUE de 18 de marzo de 2014 (asunto C-167/12).

²² STJUE de 18 de marzo de 2014 (asunto C-363/12).

²³ Así lo resaltaba RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo (I)”, *Trabajo y Derecho*, n° 3, 2015, pág. 102, en relación con la SJS n° 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012, que estimaba la procedencia de la prestación.

²⁴ Entre otras, SSTSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 (recurso número 749/2014) y de 3 de mayo de 2016 (recurso número 651/2016); STSJ de Madrid de 7 de julio de 2014 (recurso número 142/2014); STSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de 4 de febrero de 2015 (recurso número 1317/2014).

²⁵ TAPIA HERMIDA, A.: “En torno a la discriminación de la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución. Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 –asuntos C-167/12 y C-363/12”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, n° 374, 2014, pág. 138.

²⁶ OLARTE ENCABO, S.: *op. cit.*, pág. 141.

²⁷ HIERRO HIERRO, F. J.: “Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n° 127, 2017, pág. 114.

²⁸ Entre otras, SSTSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 (recurso número 1875/2012), de 13 de marzo de 2013 (recurso número 3783/2012) y de 23 de diciembre de 2014 (recurso número 497/2014); STSJ de Murcia de 30 de marzo de 2015 (recurso número 931/2014); SSTSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2015 (recurso número 2299/2015) y de 11 de febrero de 2016 (recurso número (recurso número 6519/2015).

²⁹ HIERRO HIERRO, F. J.: “Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada”, *cit.*, pág. 115.

³⁰ OLARTE ENCABO, S.: *op. cit.*, pp. 140 y 141.

cuarto argumento a favor de la concesión, la doctrina constitucional de la primacía del derecho a la conciliación en la ponderación de los intereses en juego³¹.

Esta segunda línea interpretativa es la que finalmente ha sido acogida por el TS³². Como expone al respecto, “una cosa es que el ordenamiento emanado de la UE carezca de previsiones a partir de las cuales deba accederse a la petición ... y otra que obligue a desestimarla”³³. Nos centraremos, en las líneas siguientes, en el encaje legal de la gestación por sustitución como situación protegida por nuestro ordenamiento y, a continuación, en el análisis seguido al respecto por el TS.

1. EL DERECHO AL DESCANSO COMO PRESUPUESTO HABILITANTE

La condición de beneficiario del subsidio por maternidad en su modalidad contributiva se otorga a los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, en quienes confluyan tres requisitos³⁴: disfrutar del descanso previsto en la norma estatutaria como situación protegida por la prestación, encontrarse afiliado y en alta o alta asimilada, y reunir un período mínimo de carencia que difiere en función de la edad del trabajador o trabajadora.

En lo que respecta al primer requisito, el artículo 177 del TRLGSS contempla como situaciones protegidas del subsidio por maternidad en su modalidad contributiva “la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, ... durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del TRLET”. El mismo objeto de regulación lo encontramos en el artículo 2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, siendo ésta la norma reglamentaria que desarrolla todo lo concerniente a las prestaciones del sistema relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral. No obstante, este precepto va más allá, al equiparar a la adopción y al acogimiento “aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento... cualquiera que sea su denominación”.

Ahora bien, al no modificarse la norma estatutaria a efectos de hacer mención a estas situaciones como merecedoras de la suspensión del contrato, surge la duda de si tal derecho nace por su mención en una norma de Seguridad Social. No cabe duda que se trata de una deficiente técnica legislativa, por cuanto la inclusión de una situación nueva merecedora de la prestación, no solo debería haberse referido en una norma de Seguridad Social, sino también en la norma estatutaria, dada la remisión que hace el legislador a ésta a efectos de la regulación del derecho al descanso.

Pues bien, la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa, pues el derecho a la prestación solo se genera por disfrutar del correspondiente descanso. Si no fuera así, se estaría reconociendo que es posible percibir la prestación por maternidad y trabajar al mismo tiempo, lo que en ningún caso es la finalidad de la norma, salvo en la modalidad a tiempo parcial. En todo caso, recuérdese que el legislador reproduce aquí el tenor de la disposición adicional quinta de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que por error u olvido no se plasmó en la norma estatutaria. Si analizamos el contenido de esta fórmula legal, se advierte que no hace excepción alguna de orden público nacional, ni distingue entre resoluciones contrarias o no a nuestro ordenamiento interno³⁵. Por ello, si tenemos en cuenta la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada, debe entenderse que queda amparada la gestación por sustitución, llevada a cabo con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero. Esta institución jurídica puede equiparse a la adopción y el acogimiento, por cuanto la finalidad y efectos jurídicos son los mismos, prestar cuidados a un menor y concederle a éste seguridad jurídica en el tráfico. En consecuencia, “al reconocer que la maternidad por sustitución es equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas, la denegación de sus efectos cuando

³¹ En tal sentido, STC 3/2007 de 15 de enero de 2007.

³² SSTS de 25 de octubre de 2016 (recurso número 3818/2015) y de 16 de noviembre de 2016 (recurso número 3146/2014).

³³ F.J. 4 de la STS de 25 de octubre de 2016 (recurso número 3818/2015).

³⁴ Arts. 178.1 del TRLGSS y 3.1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

³⁵ OLARTE ENCABO, S.: *op. cit.*, pág. 137.

responde a la misma causa, supone una vulneración del principio de igualdad porque la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio”³⁶.

2. LA DOCTRINA UNIFICADORA DEL TS: LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Pese a este sustento legal para la concesión del derecho a la suspensión contractual y a la consiguiente prestación de Seguridad Social, la falta de mención expresa de la gestación por sustitución dio lugar a que la doctrina judicial no la considerara en todos los casos como situación protegida, como se expuso anteriormente. Esta falta de uniformidad en los pronunciamientos de nuestros tribunales se ha mantenido hasta el año 2016, momento en el cual el TS dictó dos sentencias sobre la materia, con el objeto de unificar la doctrina.

El primero de los casos analizados³⁷, versa sobre una familia monoparental constituida por un varón como padre biológico de dos niñas gestadas por subrogación en Nueva Delhi. En España solicita al INSS la prestación de maternidad habiendo sido denegada por la entidad gestora al entender que no se trataba de una de las situaciones protegidas. En vía judicial el TS concede la prestación en base a un triple argumento. En primer lugar, se entiende que la fórmula empleada por el artículo 2.2 de la norma reglamentaria da lugar a un listado parcialmente abierto de situaciones protegidas, que permite abarcar la maternidad subrogada como una variante de la categoría general. En segundo lugar, dado que hay una verdadera integración de las menores en el núcleo familiar, debe entenderse que se trata de una situación análoga a la adopción y al acogimiento, al haber una necesidad de prestar atención y cuidado. Siendo éste uno de los bienes jurídicos protegidos por la prestación de maternidad, debe entenderse que prima ante todo el interés superior del menor. La primacía de la aplicación de este principio se sustenta, fundamentalmente, en la Convención sobre los derechos del niño, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como en la CE, lo que permite referirse al mismo como una cuestión de orden público³⁸. Y, en tercer lugar, no es óbice para su concesión el hecho de ser un hombre el beneficiario, por cuanto un caso como el enjuiciado en el que la gestante abandona sus obligaciones se equipara al del fallecimiento de la madre biológica, en el cual se transfiere al otro progenitor el derecho a la prestación³⁹.

Con la misma fecha de votación y fallo se debatió en el Alto Tribunal otra solicitud de prestación de maternidad⁴⁰. En este caso, el hijo había nacido en California y los progenitores subrogantes eran una pareja formada por un hombre y una mujer. La prestación fue denegada a la madre no gestante por igual motivo que en el supuesto anterior. Dicho criterio es revisado por el TS en el sentido de acceder a la prestación, si bien fundamentándose ahora únicamente en el segundo de los tres argumentos del caso anterior.

Algún sector de la doctrina ha entendido que el criterio del interés superior del menor empleado por el TS constituye “una patente de corso para crear una prestación social sobre presupuestos jurídicos débiles”⁴¹. Sin embargo, debemos entender que este principio ha ayudado a “alcanzar una

³⁶ SJS nº 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012 (procedimiento número 1043/2011). Comentada por HIERRO HIERRO, F. J.: “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 6, 2012, versión digital (BIB 2012\2899).

³⁷ STS de 25 de octubre de 2016 (recurso número 3818/2015).

³⁸ Así lo expresa la STSJ de Islas Canarias, sede en Las Palmas, de 27 de marzo de 2015 (recurso número 1179/2013).

³⁹ Sobre el reconocimiento de la prestación por maternidad a un sujeto del sexo masculino que ha recurrido a la gestación subrogada, se manifestó a su favor SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2013, versión digital (BIB 2013\17), con fundamento en el derecho a la igualdad del art. 14 CE, pero también en la protección de todos los modelos de familia que ampara el art. 39.2 CE.

⁴⁰ STS de 16 de noviembre de 2016 (recurso número 3146/2014).

⁴¹ MOLINA NAVARRETE, C.: “El TEDH no da cheques en blanco a los padres intencionales: es legítimo que el Estado evite la maternidad subrogada de facto. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017, Paradiso y Campanelli v. Italia, núm. 25358/12”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, nº 408, 2017, pág. 131.

solución acorde con la tutela de los bienes jurídicos protegidos”, por cuanto la denegación de la prestación hubiera colocado “al menor en una situación de desprotección que los discrimina en relación a la respuesta que el ordenamiento jurídico da en supuestos de maternidad o paternidad por adopción”⁴². En definitiva, “la necesidad de protección..., sea cual sea el tipo de filiación,... es idéntica... sustentando ello la interpretación extensiva por analogía,... pues con independencia de que la filiación tenga su origen en un ilícito según nuestra legislación interna, la norma de Seguridad Social se dirige a la protección del nacido”⁴³.

Con anterioridad a estos pronunciamientos del TS, algunos tribunales suplicatorios ya se habían mostrado a favor de la viabilidad de la aplicación analógica de las previsiones legales contempladas para la adopción y el acogimiento. Se venía argumentando que tal planteamiento no debía “sorprendernos pues no es la primera vez que se reconocen prestaciones de Seguridad Social derivadas de situaciones jurídicas no reconocidas en nuestro derecho interno, o incluso delictivas. Tal es el caso del derecho al percibo de pensión de viudedad (aunque prorrateada), en supuestos derivados de bigamia o poligamia, cuando los matrimonios fueron celebrados en país extranjero en el que tal instituto cuenta con regulación expresa y por tanto se celebraron al amparo de la ley extranjera”⁴⁴.

En aplicación de estos dos fallos del TS, éste ha venido reiterando con posterioridad su doctrina. Así se ha venido reconociendo a familias homoparentales⁴⁵. Pero también a familias monoparentales, ya fuera la persona beneficiaria una mujer⁴⁶ o un hombre, y tanto cuando éste había solicitado únicamente la prestación por maternidad⁴⁷, como cuando también había percibido el subsidio por paternidad⁴⁸. Este último pronunciamiento merece un comentario especial. La norma de Seguridad Social, al regular los beneficiarios de la prestación por paternidad, establece que, si solo hay un progenitor y éste ya ha percibido la prestación por maternidad, no puede acumular el subsidio por paternidad⁴⁹. Sin embargo, en el supuesto de hecho del TS la situación se dio a la inversa, al percibir primero el subsidio por paternidad y no haber norma equivalente en el subsidio por maternidad, lo que permitió la compatibilidad. Si hubiera sido una mujer, nunca hubiera podido acceder a ambos subsidios, por el carácter intransferible del permiso y subsidio por paternidad. Se propone como *lege ferenda* que, en las unidades familiares monoparentales, ya tengan un hombre o una mujer a la cabeza, se pueda acceder a ambas prestaciones⁵⁰. Sin embargo, como veremos a continuación, no es ésta la línea seguida por el INSS.

3. LA INTERVENCIÓN DEL INSS PARA LA CONCRECIÓN DE LOS POSIBLES BENEFICIARIOS

Al liderar la jurisprudencia la regulación de esta materia, se invierte de raíz la pirámide jurídica, cuyo efecto es aún más perverso si tenemos en cuenta que tras estos pronunciamientos judiciales las

⁴² CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, núm. 881/2016, de 25 de octubre (Recud. 3818/2015)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 10, 2017, pág. 189.

⁴³ OLARTE ENCABO, S.: *op. cit.*, pág. 137.

⁴⁴ STSJ de Islas Canarias, sede en Las Palmas, de 4 de noviembre de 2016 (recurso número 741/2016).

⁴⁵ STSS de 30 de noviembre de 2017 (recurso número 4105/2015) y de 14 de diciembre de 2017 (recurso número 2066/2016).

⁴⁶ STSS de 22 de noviembre de 2017 (recurso número 1504/2016) y de 14 de diciembre de 2017 (recurso número 2859/2016).

⁴⁷ STS de 22 de marzo de 2018 (recurso número 2770/2016). En la doctrina judicial cabe destacar la STSJ de Madrid de 26 de enero de 2018 (recurso número 1043/2017).

⁴⁸ STSS de 30 de noviembre de 2016 (recurso número 3183/2015) y de 29 de noviembre de 2017 (recurso número 1430/2016).

⁴⁹ El art. 23.3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, establece que cuando “exista un progenitor..., si éste percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad”.

⁵⁰ La necesidad de esta reforma legal se ha venido denunciando con anterioridad con carácter general y no solo para los casos de gestación por sustitución. Véase RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J.: *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, Pamplona, Aranzadi, 2015, pp. 77-79.

circulares y prácticas administrativas se han convertido en la punta de lanza⁵¹. Ello es así porque tras las sentencias dictadas por el TS, el INSS, por medio de una consulta, fijó los criterios a tener en cuenta para el reconocimiento de la condición de beneficiario en los casos de gestación por sustitución⁵².

En la misma, sienta que el presupuesto previo es la inscripción de la filiación a favor del progenitor en el Registro civil español, en aplicación de lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN. Para poder llevar a cabo tal inscripción será preciso aportar una resolución judicial dictada por un tribunal del país de origen con el siguiente contenido: respecto al progenitor o progenitores subrogantes, la determinación de la filiación a su favor; en cuanto a la gestante, su consentimiento libre y voluntario, así como la renuncia expresa a la filiación; y en relación con el recién nacido, la ausencia de vulneración alguna del interés superior del menor. En aquellos casos en los que no se disponga de la citada resolución judicial y aun así conste la inscripción, deberá aportarse documento público debidamente legalizado en el que conste la renuncia expresa de la gestante al ejercicio de la patria potestad.

Cumplida la premisa anterior, se reconocerá como beneficiario de la prestación de maternidad al progenitor, independientemente de su sexo, que haya disfrutado del descanso y reúna los requisitos de encuadramiento y cotización. Si hubiera dos progenitores y entre ellos se ha distribuido el descanso, ambos tendrán la condición de beneficiarios si reúnen de forma independiente los requisitos exigidos con carácter general para esta prestación.

Con posterioridad el INSS emitió una segunda consulta en la que amplió sus criterios⁵³. Delimita ahora los distintos supuestos que pueden darse en la práctica. Si hubiera un único progenitor, no será posible la acumulación de ambas prestaciones. En los casos en que fueran dos los progenitores y se distribuyeran el descanso por maternidad, su percepción es compatible con el de paternidad. Y, por último, cuando la filiación consta inicialmente en favor de un solo progenitor y posteriormente es adoptado por su pareja, no cabe reconocer dos prestaciones por maternidad independientes, una por nacimiento y otra por adopción. En este último supuesto, el subsidio de maternidad se reconocerá al progenitor respecto del que inicialmente se determinó la filiación, y el adoptante podrá disfrutar del subsidio por paternidad.

IV. REFLEXIONES FINALES

La gestación por sustitución, como una nueva forma de acceso a la condición de progenitor, constituye un fenómeno en expansión, de hecho, ha dejado de ser una opción excepcional. Independientemente de consideraciones jurídicas o éticas, hay sistemas jurídicos que legitiman el acceso a la maternidad y/o paternidad por esta vía. Por ello, no solo hay, sino que seguirá habiendo, menores nacidos por gestación subrogada a los que proporcionar atención y cuidado⁵⁴. Tal fin solo puede alcanzarse permitiendo a los progenitores acogerse a la suspensión del contrato, así como a la prestación económica, si cumplieran los requisitos legalmente previstos.

Sin embargo, su falta de regulación expresa repercute negativamente en la protección laboral del progenitor subrogante. Ello es así en la medida en que se generan situaciones de inseguridad jurídica en cuanto al disfrute de los derechos de conciliación, lo que puede conllevar el uso de figuras que persiguen otra finalidad, como las vacaciones o la excedencia⁵⁵.

⁵¹ MOLINA NAVARRETE, C.: *op. cit.*, pág. 123.

⁵² Consulta 29/2016, de 29 de diciembre de 2016.

⁵³ Consulta 4/2017, de 20 de febrero de 2017.

⁵⁴ En esa medida, la gestación por sustitución en sí misma considerada se convierte en accesoría, por cuanto lo relevante no es el modo en que se adquiere la condición de padre/madre, sino en que se ostenta la misma en España tras la renuncia de la gestante, como así lo expone CAVAS MARTÍNEZ, F.: *op. cit.*, pág. 190.

⁵⁵ En sentido similar, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo (II)”, *Trabajo y Derecho*, nº 4, 2015, pp. 96-98, quien apunta que se contemplan medidas de conciliación específicas para esta nueva maternidad y paternidad en la Directiva 2010/18/UE, como principal norma de conciliación de la vida familiar y laboral.

El reconocimiento del derecho a la prestación de maternidad por el TS debe suponer un punto de inflexión. Debe recogerse expresamente en el precepto legal el criterio jurisprudencial⁵⁶. El reflejo de los progenitores subrogantes como beneficiarios de la prestación debe venir acompañado de una reforma profunda de las prestaciones por maternidad y paternidad. Debe comenzarse por su nomenclatura y hablar de una prestación parental, puesto que no tiene justificación reconocer una prestación por maternidad a quien no es madre⁵⁷.

Esta única prestación, que debe tener una duración de 16 semanas, debe reconocerse a cualquiera de los progenitores que lo solicite, con independencia de su sexo, siempre que ambos trabajen y reúnan los requisitos de alta y carencia. En esta regulación de los beneficiarios debe prestarse especial atención a las familias monoparentales, sean o no por gestación subrogada, dándoles la posibilidad de disfrutar de un período mayor, 32 semanas. El auge de la monoparentalidad en nuestra sociedad, junto con el aumento de gastos y esfuerzos que ello implica, debe compensarse.

Así debe ser, no solo desde el punto de vista de la aplicación del interés superior del menor, como sienta el TS, sino también desde la perspectiva del propio progenitor. La ausencia de protección legal para el ejercicio de sus derechos de conciliación supone una situación de discriminación. Con ello se ven vulnerados los artículos 14 y 39 CE, así como los preceptos concordantes de la norma estatutaria, esto es, artículos 4.2.c) y 17 ET.

⁵⁶ En igual sentido, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La maternidad subrogada como generadora de derechos de conciliación laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, nº 415, 2017, pág. 116.

⁵⁷ ALONSO GARCÍA, R. M.: “Prestaciones por nacimiento y Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 94, 2011, pág. 121, con esta misma fundamentación opta por denominarla “prestación por nacimiento, adopción o acogimiento”.

CAPÍTULO XIX. LA PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: SU NECESARIA ADAPTACIÓN A LAS NECESIDADES REALES Y A LAS EXIGENCIAS DE LA CORRESPONSABILIDAD

SARAI RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna*

I. EL CUIDADO DE UN MENOR CON CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE: EL DERECHO A REDUCCIÓN DE JORNADA Y LA CORRESPONDIENTE PRESTACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La necesidad de dar respuesta a las dificultades derivadas del cuidado de menores afectados por una enfermedad grave que, precisando cuidados continuados, obligaban a los trabajadores a su cargo a solicitar una reducción de la jornada o a la práctica de ausencias del trabajo con la correspondiente merma de ingresos o, en su caso, la completa pérdida de los mismos, no tuvo una respuesta normativa hasta época muy reciente¹.

En la Carta Europea de los Niños Hospitalizados² se detalla el derecho de los niños hospitalizados a estar acompañados de sus padres o de la persona que los sustituya el máximo tiempo posible durante su permanencia en el hospital como elementos activos de la vida hospitalaria, sin que eso comporte costes adicionales. Asimismo, esto se refleja en la cláusula 7 de la Directiva 2010/18/UE, que aplica el Acuerdo marco sobre el permiso parental –del mismo modo que lo hacía la anterior Directiva 96/34/CE– aludiendo a la necesidad de regular la ausencia del trabajador por motivos familiares de fuerza mayor urgentes o inesperados ligados a enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia del trabajador. Este derecho (permiso por fuerza mayor familiar), se mantiene en el art. 7 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de abril de 2017 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores³, de modo aparentemente similar al de la anterior Directiva, si bien presenta diferencias significativas⁴.

En España, hasta principios de 2011 existía un vacío legal al respecto y los padres que necesitaban cuidar a un hijo con una enfermedad grave tenían dos opciones, a saber; o bien solicitar una excedencia voluntaria del art. 46.2 LET siempre que se cumpliesen los requisitos impuestos legalmente, y con el consiguiente menoscabo económico para la familia dado su carácter no retribuido, o bien solicitar la reducción de jornada del art. 37.6 LET párrafo primero, que tampoco era plenamente satisfactoria dado que implicaba pérdida de ingresos y su régimen jurídico se halla

¹ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 313.

² Resolución A225/86, de 13 de mayo de 1986 del Parlamento Europeo.

³ COM/2017/0253 final - 2017/085 (COD)

⁴ Un análisis detallado sobre las modificaciones contenidas en la propuesta respecto a este permiso en BALLESTER PASTOR, M. A., “La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017”, *Las Harremanak*, núm. 38, 2017, pp. 85 y 86.

condicionado por importantes limitaciones (principalmente, la relacionada con la edad del menor)⁵. Las insatisfactorias condiciones de las opciones legales disponibles llevaban a los afectados a hacer uso la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal por enfermedad común – alegando depresión, estrés y otros síntomas similares– con el fin de obtener una prestación análoga al no estar protegida directamente dicha situación de necesidad⁶.

Con el fin de dar respuesta a tal situación y cubrir un vacío de regulación para atender a la situación del cuidado de menores gravemente enfermos que requieren un cuidado directo, continuo y permanente, a través de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011⁷ se incorporaron al ordenamiento jurídico algunas de las iniciativas planteadas por el colectivo de padres afectados y tramitadas en sede parlamentaria a través de la Proposición no de Ley de 22 de septiembre de 2010. A tal fin se establecieron: a) un nuevo supuesto de reducción de jornada a favor del progenitor, adoptante o acogedor para atender al cuidado directo, continuado y permanente de un hijo menor de edad, durante el período de hospitalización y tratamiento del mismo, por padecer cáncer u otra enfermedad grave (párrafo tercero del art. 37.5 LET-1995⁸ añadido por la Disposición final vigésima segunda y que se corresponde con el actual art. 37.6, pfo. tercero LET⁹); b) una prestación económica de Seguridad Social de homónima denominación en el art. 135 quater, capítulo IV sexies LGSS-1994¹⁰ (actuales arts. 190-192 LGSS¹¹).

Por tanto, esta modalidad de reducción de jornada lleva aparejada una prestación por parte del sistema de la Seguridad Social, llamada de “*cuidado de menores afectados de cáncer o enfermedad grave*” y regulada en los arts. 190-192 LGSS¹² destinada a compensar la pérdida de salario ocasionada por la pérdida parcial de trabajo¹³, cubriendo aquella parte de la jornada en la que el trabajador no pueda prestar servicios a causa de su dedicación directa, continua y permanente al menor a su cargo enfermos de cáncer u otra enfermedad grave durante su hospitalización y posterior tratamiento continuado de la enfermedad¹⁴. El subsidio, por tanto, viene predeterminado por la reducción efectiva de la jornada laboral y por las circunstancias en que ésta se lleva a cabo por las personas trabajadoras.

⁵ MELLA MÉNDEZ, L., “La reducción de jornada para el cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ PRIETO, M. y CABEZA PEREIRO, J., Dirs.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012, p. 202.

⁶ PAZOS PÉREZ, A., “La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas”, en FERNÁNDEZ PRIETO, M. y CABEZA PEREIRO, J., (Dir.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012, p. 232.

⁷ BOE de 23 de diciembre de 2010. Sobre el proceso de configuración jurídica de este derecho, haciendo referencia a las posibilidades alternativas que se plantearon (suspensión, excedencia, o uso combinado de estas figuras jurídicas), *vid.* BALLESTER PASTOR, I., “Prestación económica por cese de actividad por cuidado de menores con enfermedad grave: primeras reflexiones”, *RGDTSS*, núm. 25, 2011.

⁸ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 29).

⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 24).

¹⁰ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE del 29).

¹¹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE del 31).

¹² El Real Decreto 1148/2011 sobre la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, incorpora al ordenamiento jurídico una situación protegida por la seguridad social por la que se beneficia a los padres trabajadores que reducen su jornada laboral para el cuidado de sus hijos aquejados de alguna enfermedad grave. Para ello modifica la Ley General de Seguridad Social e introduce un nuevo art. 135 quater en la LGSS-94 que recoge los caracteres básicos de este Real Decreto

¹³ Así se deducía de la regulación introducida por la Ley 38/2010 y expresamente lo indica el Preámbulo del RD 1148/2011, sobre la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, al indicar que la nueva prestación tiene por objeto “*compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, ocasionada por la necesidad de cuidar de manera Directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad*”. Asimismo, sobre la finalidad de la prestación, *vid.* PAZOS PÉREZ, A., “La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas”, *cit.*, pp. 235 y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La prestación económica por cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *Estudios financieros: Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 34, 2011, pp. 127 a 156

¹⁴ STSJ Canarias de 5 de noviembre de 2013 (JUR 2014\117489).

La importancia de esta prestación la muestran las cifras, puesto que en 2017 se reconocieron un total de 2.642 prestaciones, lo que supuso un aumento del 29 % respecto al año anterior. Además, para hacer frente a su pago, la Seguridad Social destinó 66,5 millones de euros en 2017 (36 % más de presupuesto que el año anterior), habiendo sido el 97 % del gasto gestionado por las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social (65,1 millones de euros) que reconocieron en ese año 2.561 prestaciones, y el resto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Social de la Marina. Las comunidades autónomas que tienen un mayor número de nuevas prestaciones por hijos con cáncer u otras enfermedades graves son Madrid, con 671; Cataluña, con 556 y Andalucía, con 321.

Añadidamente a la regulación anteriormente indicada se sumó el RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el Sistema de Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave¹⁵, que completó los detalles de la regulación del derecho y precisó la lista de enfermedades consideradas graves a efectos del reconocimiento de la citada prestación¹⁶, configurándola en un anexo como un *numerus clausus* de supuestos que, a pesar de su aparente amplitud deja fuera del ámbito de protección a las denominadas “enfermedades raras”¹⁷. Sin duda, el carácter tasado del listado de enfermedades ha sido un problema constante al que se han enfrentado los responsables de menores afectados con patologías no incluidas como la epidermólisis bullosa o *piel de mariposa*, el síndrome de Smith-Magenis y el síndrome de Behçet. Este problema parece tener cierto amparo en la Disposición final tercera de esta norma que establece que el Ministro de Trabajo podrá acordar la incorporación de nuevas enfermedades.

II. ELEMENTOS ESENCIALES PARA EL ACCESO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA

Los elementos básicos de este derecho a la reducción de jornada destinada a cuidar al menor que padece cáncer u otra enfermedad grave son: a) este derecho se reconoce al trabajador por cuenta ajena con independencia de que preste servicios en el régimen general o en uno especial; b) debe solicitarse por quien tenga la condición de progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente; c) debe consistir en una reducción de al menos la mitad de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, permitiéndose que por convenio colectivo se regulen las condiciones de acumulación de la reducción de jornada en jornadas completas de descanso¹⁸; d) por su carácter de un derecho necesario relativo, la negociación colectiva puede intervenir mejorando los parámetros previstos legalmente¹⁹.

La determinación de los supuestos en que nace el derecho a la reducción de jornada presenta algunas dificultades. Partiendo de una interpretación literal del párrafo tercero del art. 37.6 LET, puede entenderse que los requisitos que han de concurrir para que el nacimiento del derecho son dos: a) que el menor sufra cáncer o una enfermedad grave, y b) que dicha enfermedad dé lugar a una hospitalización y tratamiento continuado de enfermedad de larga duración en la que sea preciso el

¹⁵ BOE de 30 de julio. Según la Disposición final sexta del RD 1148/2011 la entrada en vigor de esta norma reglamentaria se produjo el 1 de agosto de 2011, con efectos retroactivos a 1 de enero.

¹⁶ Las enfermedades dotadas de cobertura se dividen en 16 grupos: Oncología, hematología, errores innatos del metabolismo, alergia e inmunología, psiquiatría, neurología. Cardiología. Aparato respiratorio. Aparato digestivo. Nefrología. Reumatología. Cirugía. Cuidados paliativos. Neonatología. Enfermedades infecciosas. Endocrinología. *Vid.* PAZOS PÉREZ, A., “La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas”, *cit.*, p. 237; y GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 129 y 130.

¹⁷ Nos sumamos en este punto a la crítica apuntada por RIVERO MORÓN, S., “Comentarios al Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la seguridad social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, *Noticias Jurídicas*, diciembre 2011.

¹⁸ GARCÍA TORRES, A., *Ordenación del tiempo de trabajo, igualdad y corresponsabilidad en las Administraciones Autonómicas*, CES del Principado de Asturias, Asturias, 2012, p. 59.

¹⁹ Por lo general, los convenios colectivos reproducen el tenor literal del precepto. *Vid.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada.

cuidado directo, continuo y permanente por parte del trabajador (progenitor, adoptante o acogedor). Este derecho está previsto, por tanto, exclusivamente para los casos en que la persona necesitada de cuidados por enfermedad sea un menor de edad, salvo previsión convencional más favorable. La rigidez de este condicionante no parece razonable pues niega el acceso a este derecho cuando se solicite para el cuidado de mayores de edad que se encuentren “a cargo” –por utilizar la misma expresión que emplea el art. 37.6 LET–, llegando así al absurdo de denegar las solicitudes referidas, por ejemplo, a hijos/as de diecinueve años.

Respecto a la determinación de lo que ha de entenderse por “enfermedad grave”, el precepto se refiere expresamente al “*cáncer (tumores malignos, melanomas, y carcinomas)*”, haciendo extensivo el derecho a los supuestos en que el menor esté afectado “*por cualquier otra enfermedad*”. No obstante, se han alzado voces planteando la necesidad de incorporar los supuestos en los que la alteración de la salud del menor derive de un accidente sufrido a lo largo de su infancia, ya que las situaciones de necesidad y cuidado a la que se enfrentan los padres es semejante a la derivada de una enfermedad grave²⁰.

La enfermedad padecida ha de ser grave (cáncer u otra enfermedad grave de las incluidas en el listado reglamentario) y tiene que ocasionar la hospitalización del menor. La acreditación de tal diagnóstico así como la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, incluso en aquellos casos en que la atención y diagnóstico se haya llevado a cabo por servicios médicos privados, debe reflejarse en el Informe del Servicio Público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma que corresponda, en el que el facultativo dejará constancia del mismo (identificación de la patología que permite la reducción) y la necesidad de tratamiento del tipo exigido por la norma (directo, continuo y permanente) [párrafo segundo del art. 190 LGSS]²¹. Cuando el diagnóstico y tratamiento del cáncer o enfermedad grave del menor se haya realizado a través de los servicios médicos privados se exigirá que la declaración sea cumplimentada además por el médico del centro responsable de la atención del menor. En los casos de recaídas, estas deberán ser objeto de acreditación mediante nueva declaración médica sobre la necesidad de la continuación del tratamiento médico así como del cuidado directo, continuado y permanente del menor por el progenitor, adoptante o acogedor, aunque no resulte necesario nuevo ingreso hospitalario (art. 2 apartados 2 y 4 del RD 1148/2011).

En este punto, cabe advertir que resulta cuanto menos llamativa la rígida redacción de estos aspectos en la norma. Es el caso concreto de lo previsto en el art. 3 del Real Decreto 1148/2011 en el que se establece que “*a efectos del reconocimiento de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, tendrán la consideración de enfermedades graves las incluidas en el listado que figura en el anexo de este Real Decreto*”. Por el contrario, el listado de enfermedades establecido reglamentariamente debería tener carácter orientativo, con el fin de no excluir otros supuestos en que concurrían en el menor las mismas necesidades que deben ser atendidas por los progenitores.

El cáncer o enfermedad grave que padezca el menor deberá implicar un ingreso hospitalario de “larga duración” que requiera su cuidado directo, continuo y permanente²². La exigencia de estos

²⁰ Sostienen este criterio, FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “Derechos del trabajador en caso de enfermedad grave de un hijo”, *RTSS.CEF*, núm. 361, 2013, p. 164, y PAZOS PÉREZ, A., “La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas”, *cit.*, p. 233.

²¹ La importancia del diagnóstico contenido del Informe médico se aprecia en la STSJ de Castilla y León (Burgos), de 20 de marzo de 2014 (JUR 2014\96019) en la que no se reconoce el derecho a la prestación argumentando que el informe de los médicos determina que es una enfermedad crónica (incluida en el listado) que va requerir cuidados durante toda la vida, pero aún no precisa de ellos en la forma requerida, todo ello sin perjuicio de reconocer todo el cuidado y atención que ha de prestarle el progenitor para la realización de pruebas y mediciones diarias.

²² Que el cuidado sea directo parece implicar la necesidad de que el trabajador procure personalmente cuidados al hijo durante su convalecencia; y que el cuidado sea continuo y permanente supone que su intervención no se limita a puntuales atenciones, sino que deben efectuarse todo momento. En este sentido, MELLA MÉNDEZ, L., “El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: análisis crítico de la regulación laboral y de seguridad social”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2013, pp. 19 y 20. También sobre esta cuestión, *vid.* LOUSADA AROCHENA, J.F., “Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *Actualidad Laboral*, núm.8, 2011, p. 944.

requisitos es acumulativa, por lo que no nacerá el derecho a la reducción de jornada si no concurren todos simultáneamente²³.

Por lo que se refiere al requisito de la hospitalización, ante la falta de precisión del precepto, se entiende referido a los supuestos en los que el menor es ingresado en un hospital público o en un centro privado (art. 2.2 RD 1148/2011). Asimismo, se considera justificada la extensión *ex art.* 2.1 RD 1148/2011 a los supuestos de hospitalización domiciliaria –tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización de la enfermedad grave– dado que determinados tratamientos permiten cuidados extrahospitalarios y puesto que la atención del menor por parte de los progenitores resulta indispensable²⁴. Por ello, se han alzado voces que consideran que no debería exigirse el requisito de la hospitalización como condición excluyente y que, por el contrario, debería admitirse efectuarse una interpretación flexible del concepto de “*tratamiento continuado*”, con el fin de admitir otros supuestos equiparables, como por ejemplo, la situación en la que un menor con cáncer permanezca en su domicilio acudiendo periódicamente al hospital a recibir las oportunas sesiones de quimioterapia o radioterapia²⁵. En consecuencia, se consideran razonadas las críticas sobre el condicionamiento que hace la norma al hecho de que la enfermedad dé lugar a la hospitalización del hijo, puesto que “deja carente de protección aquellos supuestos en los que, aunque el menor padezca una enfermedad grave que exija a la atención constante de los padres, no se produzca el ingreso hospitalario”²⁶. Por ello, si el menor padece una enfermedad que no implique ni ingreso ni continuación del tratamiento o estancia durante largo tiempo en el domicilio– teniendo en cuenta la actividad diaria del menor (escolarización, actividades accesorias)–, la prestación no será reconocida²⁷. Esta aplicación estricta ha provocado que se hayan producido situaciones incoherentes en las que deniega el acceso al subsidio al entender que no concurre el requisito de la necesidad de un cuidado directo, continuo y permanente en los casos en que la enfermedad del menor (comprendida dentro del listado) “no le ha impedido una escolarización normal, pues asiste regularmente a su colegio en horario de mañana y tarde siendo la madre quien habitualmente le acompaña a la entrada y salida de clase y en caso necesario el colegio puede avisar indistintamente a la madre o al padre”²⁸; o porque el menor se encuentra escolarizado en un colegio de educación especial, donde recibe atención de fisioterapeuta, de profesora de audición y de lenguaje, de profesora de pedagogía terapéutica y de auxiliar técnico educativo, por mucho que el progenitor haya pedido un excedencia y tras la reincorporación, una reducción de jornada²⁹. Por el contrario, otros pronunciamientos han salvado la exigencia de hospitalización continuada, admitiendo la procedencia del reconocimiento del

²³ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “Derechos del trabajador en caso de enfermedad grave de un hijo”, *cit.*, p. 166.

²⁴ STSJ de Asturias, de 30 de septiembre de 2014 (JUR 2014\272606).

²⁵ PAZOS PÉREZ, A., “La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas”, *cit.*, p. 236.

²⁶ Insistiendo en que ello carece de justificación dado que “la necesidad de atención de los padres es la misma con independencia de que sea necesario o no el ingreso hospitalario del menor”, FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “Derechos del trabajador en caso de enfermedad grave de un hijo”, *cit.*, pp. 165 y 166.

²⁷ A este respecto, STSJ de Cataluña de 22 de enero de 2014 (JUR 2014\48936) que deniega la necesidad de protección en el supuesto de un menor cuya enfermedad no lleva consigo el ingreso hospitalario, ni estancia tampoco durante largo tiempo en el domicilio, y que, además, tampoco conlleva la presencia continuada al lado del menor por parte del progenitor. En el mismo sentido STSJ de Castilla. En el caso de la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de marzo de 2013 (JUR 135129) sobre menores afectados por diabetes, no admite el derecho al subsidio porque entiende que el menor desarrolla una vida normal gracias al tratamiento suministrado tanto durante la jornada escolar como en el tiempo de descanso en casa.

²⁸ STSJ del Principado de Asturias de 30 de septiembre de 2014 (JUR 2014\272606). Ejemplo extraído de BLASCO LAHOZ, J. F., “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y su interpretación judicial”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm.9, 2015, p. 85.

²⁹ STSJ de Cantabria de 11 de noviembre de 2014 (JUR 2015\13635). Sentencia comentada por PALOMINO SAURINA, P., “Prestación económica por cuidado de hijo afectado por enfermedad grave escolarizado en centro especial”, *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2015 (BIB 2015\2936). En idéntico sentido, la STSJ del País Vasco de 17 de diciembre de 2013 (JUR 2014\138131) rechaza la concurrencia del requisito de la necesidad de un cuidado directo, continuo y permanente como causa de reducción de la jornada del progenitor en el caso de una menor afectada de una enfermedad grave que se halla escolarizada, recibiendo apoyo en el centro en el aula de logopedia y de fisioterapia y existiendo transporte específico, y ello aunque quede probado que en atención a su situación física requiere de mayores controles médicos que cualquier menor de su edad.

derecho a la prestación en el supuesto de menores no hospitalizados que deben acudir diariamente a un centro asistencial especial³⁰; o que habiendo precisado un periodo corto de hospitalización, la naturaleza de la enfermedad padecida por el menor (retraso psicomotor) exige además de la administración de fármacos, una continua y constante estimulación y rehabilitación en el domicilio³¹.

Con todo, de forma reciente los Tribunales Superiores de Justicia en nuestro país han persistido en la tendencia a decantarse por una doctrina rigorista que aplica los requisitos de acceso a la prestación de manera implacable de modo que, rechazando el criterio más abierto sostenido por sentencias anteriores, han establecido que la escolarización con asistencia regular al centro determina que no se cumpla el requisito de la necesidad de un cuidado directo, continuo y permanente, como causa de la reducción de jornada y por cuya pérdida de ingresos vendría motivada la prestación³²; especialmente si no existe constancia de que se haya precisado ingreso hospitalario³³.

III. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS VINCULADAS DE LA TITULARIDAD Y LOS REQUISITOS DERIVADOS DE LA SITUACIÓN PROTEGIDA

El derecho a la reducción de la jornada laboral en cuantía igual o superior al 50 % con la finalidad de atender el cuidado directo, continuo y permanente de un menor de edad con cáncer u otra enfermedad grave se concibe como un derecho de titularidad individual – indistinta de hombres o mujeres– de quien se encuentra unido con el menor “a su cargo”³⁴ por un vínculo paterno filial o similar, es decir, el menor debe ser un hijo natural o adoptado, o hallarse en situación de guarda para la convivencia preadoptiva (art. 176 bis C. Civ.) o acogimiento permanente (art. 173 bis C.Civ.)³⁵. Se comparten las críticas a la regulación que la norma hace sobre el vínculo que debe existir entre el trabajador y el menor, indicando que “la dicción legal resulta restrictiva, puesto que excluye el ejercicio del derecho a los trabajadores que ostenten la guarda legal de un menor en aquellos casos en los que no sea progenitor, adoptante o acogedor, de modo que, tal vez, hubiera sido más adecuado utilizar una fórmula legal más amplia”³⁶.

Pese al carácter restrictivo del tenor literal del precepto, atendiendo a la relación que vincula al trabajador/a con el menor y a los derechos y obligaciones dimanantes de la misma, se consideran

³⁰ La STSJ de Aragón de 30 de octubre de 2013 (JUR 2014\16024) resuelve el caso de un menor que necesita cuidados constantes y es incapaz de cuidar de sí mismo ni de hacer ninguna actividad de forma autónoma, teniendo afectadas profundamente todas sus habilidades psicomotoras (motrices, cognitivas, de comunicación y de interacción social), con ausencia de lenguaje oral funcional, gran dificultad para subir y bajar escaleras, dificultades para el equilibrio dinámico, que está impedido para el uso del transporte escolar, siendo su padre quien se encarga de traerlo y recogerlo, y que necesita apoyo total en los hábitos diarios de cuidado personal debiendo ser asistido en la alimentación (no logra uso funcional de cubiertos), vestido e higiene personal, pues lleva pañales por no haber adquirido el control de esfínteres, indicando que la asistencia del menor al centro especial no equivale a una escolarización normal, sino que constituye una ayuda específica o tiempo de descanso de los padres respecto al cuidado continuo en domicilio que requiere el menor, de forma que, si no existiera esa posibilidad, no sería suficiente a los progenitores una reducción de jornada, sino que al menos uno de ellos debería abandonar su relación laboral, que es precisamente lo que pretende evitar la prestación por cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave. Ejemplo extraído de BLASCO LAHOZ, J. F., “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer ...cit. p. 86.

³¹ STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 29 de mayo de 2014 (JUR 2014\185271).

³² STSJ de Andalucía, Granada, de 25 marzo de 2015 (AS 2015\1011).

³³ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección1ª) de 8 junio de 2016 (AS 2016\130).

³⁴ La expresión “a su cargo” no debe entenderse en sentido restrictivo, como sinónimo de convivencia con el menor, sino en sentido amplio permitiendo acceder a la reducción de jornada a los progenitores, adoptantes o guardadores para la convivencia preadoptiva y acogedores o permanentes no convivientes con el menor. Así lo considera LOUSADA AROCHENA, J.F., “Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *cit.*, p. 943. Ello implica *sensu contrario* que si el progenitor no tuviera el menor a su cuidado, no podría solicitar la reducción de jornada, lo que sucede en los casos de separación o divorcio en los que la custodia de los hijos se otorga a uno solo de los progenitores, *vid.* FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “Derechos del trabajador en caso de enfermedad grave de un hijo”, *cit.*, p. 167

³⁵ Un análisis crítico sobre las figuras incluidas y excluidas en MELLA MÉNDEZ, L., “La reducción de jornada para el cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *cit.*, p. 205.

³⁶ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “Derechos del trabajador en caso de enfermedad grave de un hijo”, *cit.*, p. 167. También el art. 2.3 RD 1148/2011 considera esta situación equiparable a la adopción y el acogimiento a los efectos de la obtención de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

jurídicamente equiparables a la adopción y el acogimiento aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cualquiera que sea su denominación, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los mismos previstos para la adopción y el acogimiento³⁷. Dicha equiparación también se predica de la tutela sobre el menor por persona física cuando el tutor sea un familiar que, por exclusión legal de acuerdo con la legislación civil, no puede adoptar el menor³⁸. Por el contrario, no se considerarán equiparables al acogimiento familiar preadoptivo y permanente otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente (art. 2.3 del RD 1148/2011). Así, se excluye la curatela, cuya única finalidad es la intervención del curador en los actos que los menores (emancipados o los que obtienen el beneficio de la mayor edad) o pródigos no puedan realizar por sí solos, sin obligación alguna de cuidado personal. Al margen quedan el defensor judicial (art. 288 C.Civ) y el guardador de hecho (art. 303 y ss. C.Civ), aunque en este último caso tal cuidado pueda tener lugar. No obstante, por la peculiar situación de necesidad que atiende este derecho, sería conveniente extender el ámbito de los sujetos beneficiarios a los miembros de la unidad familiar extensa, lo que favorecería la corresponsabilidad familiar³⁹.

Ambos progenitores podrán disfrutar de la reducción de jornada de manera independiente en sus respectivos trabajos para hacerse cargo de hijo. Ahora bien, en los casos en que ambos presten servicios en la misma empresa, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (art. 37.6, párrafo 4º LETD)⁴⁰. Se trata de una salvedad que no concuerda con la normativa europea sobre el permiso parental, donde no se permiten, en ningún caso, excepciones a la individualización⁴¹. No obstante, las restricciones empresariales no afectan al derecho sino al ejercicio simultáneo del mismo, por lo que parece que aquellas, de existir, se dirigirán al disfrute sucesivo (con solución o no de continuidad) o en determinados momentos por parte de los titulares. La negociación colectiva puede ser una vía adecuada para especificar el régimen jurídico de estas limitaciones⁴².

Idénticos requisitos se exigen a los trabajadores para el acceso a la prestación de la Seguridad Social por esta causa, considerándose sujetos titulares de la prestación tanto los trabajadores por cuenta ajena, como por cuenta propia que tengan a cargo un menor de dieciocho años y que, como consecuencia de la situación de enfermedad del mismo, reduzcan la jornada de trabajo en los términos previstos por la legislación laboral para el cuidado directo, continuo y permanente del menor durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad (art. 190 LGSS)⁴³.

Determinados elementos de la configuración jurídica de la prestación muestran de forma clara las consecuencias prácticas de la obstaculización de la corresponsabilidad. En este sentido, para que proceda el pago de la prestación es necesario que los dos trabajadores –“progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente”–, bajo cuya custodia se encuentre el menor trabajen bajo formas retribuidas. Es, por tanto, requisito indispensable para el acceso a la prestación que ambos progenitores trabajen –estando dados de alta en la Seguridad Social– puesto

³⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Sobre la conciliación de la vida familiar y laboral”, *Aranzadi Social*, núm.1, 2011, p. 26; MELLA MÉNDEZ, L., “El cuidado de menores... *cit.*, p. 6.

³⁸ Sobre estas cuestiones RODRÍGUEZ ESCACIANO, S., *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 46.

³⁹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo ... cit.*

⁴⁰ En este sentido, GARCÍA TORRES, A., *Ordenación del tiempo de trabajo, igualdad y corresponsabilidad en las Administraciones Autonómicas, cit.*, p. 59.

⁴¹ El Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009 que se recoge en el Anexo de la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo, no admite excepciones a la individualización. Cuestión diferente es la posibilidad de posponer (cláusula 3ª) el ejercicio por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de la empresa. LOUSADA AROCHENA, J.F., “Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer ... *cit.*, p. 944.

⁴² MELLA MÉNDEZ, L., “La reducción de jornada para el cuidado de menores afectado por cáncer ... *cit.*, p. 206.

⁴³ La STSJ Canarias de 5 de noviembre de 2013 (JUR 2014\117489) detalla los requisitos de acceso a la prestación precisando, a tal fin, a) que los beneficiarios deben haber solicitado o tener ya reducida su jornada de trabajo, al menos, en un 50 por 100 y como máximo un 99,9 por 100; b) que ambos progenitores trabajen y que, por ello, estén afiliados y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social, sin distinguir entre progenitores casados (separados legalmente o no), divorciados y no casados (convivientes o no).

que si uno de ellos no lo hace, la norma presupone “que el mismo puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, sin distinguir a estos efectos si el progenitor que cuida al menor enfermo es o no el progenitor que tiene su custodia en caso de separación o divorcio”⁴⁴. Tal exigencia del art. 190 LGSS resulta cuestionable –siendo un requisito del que se debería prescindir– al no contemplar excepciones y conllevar, de ser interpretada literalmente, la imposibilidad de acceder a la prestación al progenitor, adoptante, guardador o acogedor permanente único (normalmente mujeres cabeza de familias monoparentales)⁴⁵. En este sentido más flexibilizador de los requisitos de acceso a esta prestación se han mostrado algunos pronunciamientos judiciales al dictaminar en caso de matrimonio separado, siendo beneficiaria la madre a quien se otorgó la guardia y custodia del hijo, “que la cuantía del subsidio no puede estar condicionada a las cotizaciones del ex-cónyuge que no tiene a su cargo al menor, porque no se trata de un supuesto de unidad familiar configurada con los dos progenitores y el causante”⁴⁶.

Otra de las consecuencias negativas derivadas de tal exigencia es que el no beneficiario deberá seguir trabajando –un rol que probablemente asumirán los hombres, reforzando el *statu quo* tradicional de distribución de roles–⁴⁷. Con todo, de la interpretación literal de la norma se desprende que tal exigencia sólo se aplica para el acceso a la prestación y no durante toda su duración, conclusión que se deduce del hecho de que el art. 190 LGSS no prevé expresamente la extinción de la prestación por la circunstancia de que el otro progenitor pierda su trabajo⁴⁸. En este sentido, cabe mencionar que se ha discutido si este requisito se sigue cumpliendo en los supuestos en que la enfermedad grave de uno de ellos –que, por ejemplo, repercute en la funcionalidad de sus extremidades superiores– provoque que sea declarado en situación de incapacidad permanente, circunstancia ésta que a su vez determina su falta de alta por cese en la actividad laboral. En estos casos, los tribunales han atendido a la valoración de la situación personal del otro cónyuge, declarando que no concurre causa de extinción del subsidio siempre que éste sigue trabajando y, en consecuencia, quede confirmada la persistencia de la necesidad del cuidado de su hijo y de la reducción de jornada por tal motivo⁴⁹.

A pesar de que ambos progenitores, adoptantes o acogedores reúnan los requisitos para disfrutar del derecho, el derecho a percibir la prestación sólo se puede reconocer a uno de ellos con independencia del número de menores que estén afectados por cáncer u otra enfermedad grave y que requieran un cuidado directo, continuo y permanente (arts. 191.2 LGSS y 4.3 del RD 1148/2011)⁵⁰. A fin de combatir los efectos perversos de esta regulación respecto a los objetivos de la corresponsabilidad se propone, de manera alternativa que la configuración legal establezca derechos de mayor alcance cuando el permiso sea disfrutado por ambos progenitores y no por uno solo; que se extienda el ámbito de los sujetos beneficiarios a miembros de la unidad familiar extensa, algo que resulta bastante consecuente con el tipo de vínculos familiares en nuestro país y que ayudaría a repartir entre más sujetos las actividades de cuidado; o un régimen de alternancia en el disfrute del derecho (con algunas excepciones) con un límite de duración máxima para cada sujeto⁵¹.

⁴⁴ STSJ de Aragón de 18 de julio de 2012 (AS 2012\1976).

⁴⁵ Esta interpretación contradice la lógica protectora de la prestación económica y supone una discriminación Directa de los hijos por el estado civil de los padres, e indirecta por razón de sexo/género si se tienen en cuenta que, en su mayoría, las cabezas de familia monoparentales son de sexo femenino. *Vid.* LOUSADA AROCHENA, J.F., “Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *cit.*, p. 945.

⁴⁶ STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2013 (JUR 2014\185271). BLASCO LAHOZ, J. F., “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer...*cit.*, 2015, p. 89.

⁴⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F., “La individualización de los derechos de conciliación, una asignatura pendiente”, *cit.*, p. 10.

⁴⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F., “Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *cit.*, p. 946.

⁴⁹ STSJ de Andalucía (Málaga), de 11 de diciembre de 2014 (AS 2015, 315).

⁵⁰ Cabe señalar a este respecto que si la madre se encuentra de baja por maternidad no se le reconocerá la prestación al encontrarse el contrato suspendido *ex art.* 45.d) LET. *Vid.* SJS núm. 19 de Madrid de 9 de enero de 2013 (AS 221).

⁵¹ BALLESTER PASTOR, M. A., “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, p. 87.

Los progenitores o personas que tengan en adopción o acogimiento a los menores afectados por la enfermedad los beneficiarios, ya trabajen por cuenta propia o ajena deben reducir su jornada de trabajo en al menos un 50 % de su duración. En los casos de trabajadores a tiempo parcial, tendrán derecho siempre que reduzcan su jornada en, al menos, un 50 %, reconociéndose el subsidio en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo⁵². Si la persona tuviera dos o más contratos (pluriempleo), se sumarán las jornadas efectivas de trabajo a efectos de determinar el citado límite⁵³; y en caso de pluriactividad podrá percibirse el subsidio en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que se reúnan los requisitos exigidos, de forma que si la persona trabajadora acredita las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen; y si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se reconocerá el subsidio por el régimen en el que se acrediten más días de cotización (art. 4.6 del RD 1148/2011)⁵⁴.

Para devengarse la prestación, el trabajador–progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor de carácter permanente– que haga uso de la reducción de jornada debe estar trabajando, afiliado, en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social o en la mutua correspondiente a su actividad profesional⁵⁵, y reunir el período de carencia previsto para la prestación contributiva de maternidad (sección 1ª del Capítulo VI de la LGSS) que depende de la edad del interesado⁵⁶. En el supuesto de personas trabajadoras a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio de la reducción de jornada, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por la persona trabajadora y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual (art. 5.3 del RD 1148/2011). El requisito de estar afiliado y en alta cumplido en aquellos supuestos en que la persona progenitora, adoptante o acogedora del menor,

⁵² El porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfrute la persona trabajadora contratada a tiempo parcial por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa, y, en todo caso, cuando la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial sea igual o inferior al 25 por 100 de una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, no se tendrá derecho al subsidio; además, si la persona trabajadora tuviera dos o más contratos a tiempo parcial, se sumarán las jornadas efectivas de trabajo a efectos de determinar el citado límite (art. 4.7 del RD 1148/2011). BLASCO LAHOZ, J. F., “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer ...cit., p. 88.

⁵³ En las situaciones de pluriempleo, el reconocimiento del subsidio se efectuará en proporción al porcentaje de reducción que experimente el total de la jornada de trabajo de los distintos empleos; y, a efectos de la base reguladora, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización (art. 4.6 del RD 1148/2011).

⁵⁴ STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2014 (JUR 2014\88635).

⁵⁵ Ambos progenitores deben acreditar que se encuentran afiliados y en alta en algún régimen público de Seguridad Social sólo uno de ellos, si el otro, en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporado obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional. Asimismo, este requisito de afiliación y alta se entenderá cumplido en los supuestos en que el progenitor, adoptante o acogedor del menor, que no es beneficiario de la prestación, tenga suscrito un convenio Especial en el sistema de Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista un instrumento internacional de Seguridad Social, como señala el art. 4.2 del RD 1148/2011.

⁵⁶ Así, si el trabajador es menor de 21 años en la fecha que se inicie la reducción de la jornada no se exige período de carencia; si tiene cumplidos los 21 años y es menor de 26 en la fecha que se inicie la reducción de jornada el período mínimo de cotización que se precisa es de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al nacimiento de la prestación, o, alternativamente, un período de carencia de 180 días durante toda su vida laboral con anterioridad a la fecha indicada; si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha en que se inicie la reducción, precisa una carencia de 180 días en los siete años anteriores o alternativamente 360 días a lo largo de su vida laboral. En el caso de trabajador a tiempo parcial el lapso de tiempo en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por la persona trabajadora y la jornada habitual de actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual.

que no es beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un convenio especial en el sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social (art. 4.2 del RD 1148/2011).

El art. 4.5 del RD 1148/2011 contempla la posibilidad de alternar la percepción del subsidio entre ambos beneficiarios, estableciéndose que por acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas puedan alternar entre ellas el subsidio por periodos no inferiores a un mes, quedando su cobro en suspenso cuando se reconozca uno nuevo a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora.

Un problema habitual es el que surge a partir de los supuesto de parejas de hecho, separación judicial, nulidad o divorcio de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras, ya que como indica el art. 4.4 del RD 1148/2011 si ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras tuvieran derecho al subsidio *“podrá ser reconocida a cualquiera de ellos determinada de común acuerdo”*. Sin embargo, como en la práctica es difícil que las partes alcancen un acuerdo, a falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, la norma atribuye *“la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si esta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar”*. En este sentido, resulta sorprendente que en los casos de custodia compartida se le conceda la prestación al progenitor que la solicite primero, sin tener en consideración si es la parte más adecuada según las circunstancias. El mismo procedimiento se aplica en los supuestos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal. Por ello, resultaría conveniente profundizar y valorar la conveniencia sobre la persona que debe cuidar al menor para poder seleccionar a la persona más adecuada en caso de disputa⁵⁷.

La normativa omite cualquier referencia a las familias monoparentales en las que se atiende al menor por lo que resulta imprescindible una adecuada política de conciliación en este punto entre el tiempo de trabajo y el dedicado al cuidado de menores⁵⁸. Aunque no se dice nada en la norma, la extensión de la prestación a las familias monoparentales parece razonable dado que *“en ellas la situación de necesidad es mayor al soportar un único progenitor el cuidado del niño”*⁵⁹. El precepto tampoco contempla el caso de que dos o más hijos de una pareja padezcan una enfermedad grave, por lo que se propone que ambos progenitores puedan reducir su jornada teniendo en cuenta que el espíritu de la norma *“ampararía esta situación dado que habría dos causantes que generarían dos prestaciones diferentes”*⁶⁰.

IV. LA DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA

Como se ha venido diciendo, la situación protegida de la prestación coincide con la que da lugar al derecho a la reducción de jornada en el ámbito laboral. De conformidad a lo establecido en el art. 190 LGSS *“se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo de al menos un 50 por ciento que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad”*.

Frente a los límites previstos en el párrafo primero del art. 37.6 LET, en el caso de cuidado de menor de doce años o persona con discapacidad la norma prevé una reducción de jornada significativa en atención a la grave situación del menor, fijando un mínimo legal consistente en la mitad de la duración de aquélla. Se prioriza el cuidado directo del menor y la reducción de jornada se puede hacer hasta el máximo previsto para un contrato a tiempo parcial. En este sentido, el art.

⁵⁷ PAZOS PÉREZ, A., *“La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas”*, *cit.*, p. 235.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Vid.* PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., *“La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”*, *Revista Aranzadi social*, núm. 1, 2011, p. 7.

⁶⁰ *Ibidem*.

4.1, párrafo tercero del RD 1148/2011 indica que “para la percepción del subsidio, el porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfruten las personas trabajadoras por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa”. Se omite la referencia a que la persona a tiempo completo comparable tenga el mismo tipo de contrato de trabajo que el trabajador que reduce jornada, lo que responde a la intención del legislador de flexibilizar el elemento comparativo, siendo más importante la identidad del trabajo realizado que el tiempo de contrato usado para ello. No se aporta solución para el caso de ausencia de un trabajador comparable, pero la respuesta puede ser la misma que la apuntada en el contrato a tiempo parcial y, en consecuencia, estar a la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo aplicable o en su defecto a la máxima legal de cuarenta horas.

El precepto estatutario omite cualquier referencia sobre la duración máxima, por lo que se entiende que tendrá el alcance que determine el trabajador siempre y cuando no suponga la cesación absoluta de prestación de servicios⁶¹. La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de la reducción de jornada se atribuye al trabajador dentro de su jornada ordinaria (que debe matizarse en el caso de acumulación en jornadas completas y entender “jornada ordinaria” como jornada en cómputo anual). Así se desprende, tal como se ha indicado en los demás supuestos de reducciones, del art. 37.6 LET.

A efectos de computar el porcentaje de reducción de jornada, no cabe tener en cuenta otras reducciones por causas similares. De esta manera, aunque laboralmente son compatibles distintas reducciones de jornada, cada una tiene su propio régimen jurídico, y puesto que solo una genera derecho a prestación de la Seguridad Social no cabe sumar las otras para aumentar el porcentaje, pues de hacerlo resultaría fraudulento⁶². Aunque el legislador no lo aclara expresamente, el límite superior de la reducción de jornada en ese supuesto es la jornada de trabajador a tiempo completo comparable.

Por convenio colectivo se podrán regular condiciones y supuestos en los que la reducción se puede acumular en jornadas completas. Esta posibilidad introduce un margen más amplio de flexibilidad en el uso de este derecho, pudiendo configurarse por convenio colectivo como un derecho absoluto del trabajador o condicionarlo a la previa existencia de acuerdo entre el empresario y el trabajador⁶³. Que tal decisión se remita al convenio colectivo permite tener en cuenta los intereses de ambas partes, si bien lo mismo sucede en el supuesto de acuerdo individual entre los interesados. A pesar de que la norma no alude al acuerdo individual como mecanismo de acumulación en jornadas completas, nada parece impedir su validez y eficacia siempre que no se vulneren derechos indisponibles⁶⁴.

La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de la reducción de jornada corresponde al trabajador (art. 37.7 LET), de modo que éste será quien determine qué franja de su horario de trabajo quedará afectada por la reducción de jornada y durante cuánto tiempo. La

⁶¹ No se puede reducir hasta la totalidad de la jornada porque ello afectaría a la propia naturaleza jurídica de la institución que sobrepasaría los límites de la reducción de jornada pasando a ser un supuesto de excedencia o suspensión del contrato de trabajo. LOUSADA AROCHENA, J.F., “Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *cit.*, p. 943. La ausencia legal de un tope máximo responde a la voluntad del legislador de introducir la mayor flexibilidad posible y dejar que sean las partes las que dentro de unos límites lo más amplios determinen hasta dónde necesitan reducir su jornada laboral. La Nota Informativa sobre el RD 1148/2011, de 1 de agosto de 2011 de la Secretaría de Estado de la seguridad social, confirma esta posición (punto 3). *Vid.* MELLA MÉNDEZ, L., “La reducción de jornada para el cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *cit.*, p. 208 y 209.

⁶² MELLA MÉNDEZ, L., “La reducción de jornada para el cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *cit.*, p. 208.

⁶³ Sólo una minoría de convenios colectivos contempla la posibilidad de acumular las jornadas en estos casos, *vid.* ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *RRL*, núms.7-8, 2014, p. 64.

⁶⁴ Así lo afirma LOUSADA AROCHENA, J.F., “Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *cit.*, p. 944.

atribución directa al trabajador de tales extremos obedece a razones de lógica, puesto que nadie mejor que él conoce sus necesidades de conciliación. El margen de acción del trabajador no es absoluto, puesto que tiene que atenerse a los “criterios” que los convenios colectivos hubiesen podido establecer al respecto, con la finalidad de cohonestar las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador con las necesidades productivas y organizativas de la empresa⁶⁵. La LET prevé, al margen de otras consideraciones que puedan hacer los convenios colectivos al respecto, que *“el trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará (...) la reducción de jornada”*.

Se plantea si la reducción de jornada de trabajo será en todo caso diaria o si es posible aplicarla sobre la jornada de trabajo en cómputo semanal, mensual o anual, de modo que el trabajador pueda alternar periodo de trabajo con periodos de inactividad. Hay opiniones que han señalado que el precepto legal “está configurado pensando en una reducción de la jornada diaria, aunque no lo recoja expresamente (...) ya que encomienda a la negociación colectiva la determinación de los supuestos y condiciones en que la reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas. Por tanto, salvo que el convenio colectivo prevea otra cosa, la reducción de jornada por enfermedad grave de un hijo deberá aplicarse sobre la jornada de trabajo en cómputo diario”⁶⁶.

La duración de la reducción de jornada no se ciñe a un concreto plazo, pudiendo disfrutarse una vez el menor sea hospitalizado –no siendo necesario que coincida con el inicio de la hospitalización– y extendiéndose su duración hasta el momento en que el trabajador determine y, en todo caso, hasta que el menor cumpla los 18 años. El derecho también decae en caso de alta hospitalaria o fallecimiento del hijo, puesto que en ambos casos decae el presupuesto que da lugar al nacimiento del derecho⁶⁷.

En el supuesto de extinguirse el derecho a la reducción por esta causa el trabajador debe preavisar al empresario con quince días de antelación a la fecha en que se reincorporará a la jornada ordinaria (art. 37.7 LET), lo que permite al empresario adoptar las decisiones organizativas correspondientes a fin de evitar perjuicios. La interpretación flexible de esta exigencia de preaviso permite dar cabida a los supuestos de reincorporación inesperada por alta médica sorpresiva, fallecimiento del menor, o cese de la actividad del otro progenitor. La inobservancia del preaviso no debe servir para retrasar o impedir la reincorporación plena del trabajador, pues no se está ante un requisito constitutivo de tal derecho.

Las posibles discrepancias que surjan entre las partes sobre los diferentes aspectos de la reducción de jornada de que se trata se resolverán por el órgano jurisdiccional social a través del procedimiento previsto en el art. 139 LRJS. La remisión al órgano jurisdiccional para resolver los conflictos evidencia que el ejercicio de este derecho por parte del trabajador no siempre va a ser aceptado pacíficamente por el empresario, sobre todo, en cuestiones como la del porcentaje de la reducción o el periodo de su disfrute o la fecha de la reincorporación con la jornada completa.

V. OTRAS VICISITUDES DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La prestación económica por cuidado de un menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave consiste en un subsidio consistente en el 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales⁶⁸, que

⁶⁵ Vid. FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “Derechos del trabajador en caso de enfermedad grave de un hijo”, *cit.*, p. 169.

⁶⁶ *Idem*, p. 167 y 168; y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Sobre la conciliación...”, *cit.*, p. 26.

⁶⁷ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., “Derechos del trabajador en caso de enfermedad grave de un hijo”, *cit.*, p. 168.

⁶⁸ Aunque parece que se trata de una contingencia común dado que el origen es ajeno a la relación laboral sin embargo, para el cálculo de la prestación se utiliza la base de cotización por contingencias profesionales con la intención de mejorar la (...)

se percibirá en proporción a la reducción de jornada de trabajo (art. 192 LGSS) o, en su caso, la derivada de comunes, cuando no se haya optado por la cobertura de las profesionales, aplicando el porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo (art. 6.1 del RD 1148/2011). El porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfruten las personas trabajadoras por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa (art. 4.1 del RD 1148/2011)⁶⁹. Con todo, se comparte la opinión de quienes afirman que la configuración de la prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave podría tener efectos perversos desde el punto de vista de la corresponsabilidad puesto que los permisos de larga duración retribuidos al 100 % tienden a favorecer el alejamiento de las mujeres del mercado de trabajo⁷⁰; y aunque no se trata de una figura que constituya ausencia completa sino una mera reducción de la jornada de trabajo, sin embargo, esta reducción debe ser de, al menos, el 50 %, lo que puede implicar riesgos tan importantes como las ausencias completas⁷¹.

Con la finalidad de garantizar el acceso a futuras prestaciones, el periodo de reducción de jornada se ha complementado con la configuración de una prestación familiar contributiva, favoreciendo la integración de posibles lagunas de cotización por esta causa. De este modo, las cotizaciones efectuadas durante el periodo de reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si no hubiera habido reducción de jornada, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal (art. 237.3 LGSS). Con ello se trata de arbitrar mecanismos adicionales para que la reducción de jornada no tenga efectos negativos en la carrera profesional dentro del sistema de Seguridad Social⁷².

El derecho al subsidio nace “*a partir del mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada correspondiente, siempre que la solicitud se formule en el plazo de tres meses desde la fecha en que se produjo dicha reducción. Transcurrido dicho plazo, los efectos económicos del subsidio tendrán una retroactividad máxima de tres meses*” (art. 7.1 RD 1148/2011). La prestación debe prolongarse durante el periodo de hospitalización del menor o mientras perdura la necesidad de cuidados, aunque sean domiciliarios, conforme a lo que se haya certificado por los correspondientes servicios médicos. En cualquier caso, la duración debe ser temporal⁷³. El subsidio se reconoce por el periodo inicial de un mes, prorrogable por periodos de dos meses cuando subsista la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor hasta que éste cumpla los dieciocho años y cuando se acredite la necesidad de cuidado directo inferior a dos meses el subsidio se reconocerá por el periodo concreto que establezca el informe.

La cobertura de la prestación que la Seguridad Social –hasta ahora limitada al tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad– va a ser ampliada cubriendo también todo el periodo que necesiten para el cuidado domiciliario del menor, y no solo el tratamiento hospitalario como hasta ahora. El objetivo es que pueda ser accesible no solo para familias que tienen a sus hijos con largos procesos de hospitalización, sino para cuando durante o después del tratamiento tienen a sus

prestación resultante. Para una mayor aproximación, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La prestación económica por cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *cit.* p. 133.

⁶⁹ Se trata de una previsión que evita penalizar en el acceso a la prestación económica por tales causas a quienes antes de existir esta prestación venían disfrutando de reducciones de jornada para atender al cuidado de los menores. STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2014 (AS 2015\980). BLASCO LAHOZ, J. F., “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer...*cit.*”, 2015, p. 88.

⁷⁰ Un análisis crítico de esta prestación, en LOUSADA AROCHENA, J.F., “Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *cit.*, p. 7.

⁷¹ BALLESTER PASTOR, M^a. A., La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, *Lan Harremanak*, núm.25, 2012, p. 75.

⁷² VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE C.; QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, *cit.*, p. 315.

⁷³ *Idem*, p. 316.

hijos en el domicilio, es una forma de atender las necesidades reales de estos ciudadanos. Este anuncio fue hecho por el secretario de Estado de la Seguridad Social (del Gobierno del Partido Popular), Tomás Burgos, en febrero de 2018 durante un acto organizado por la Federación Española de Padres de Niños con Cáncer.

La gestión de la prestación la lleva a cabo por la correspondiente entidad gestora o mutua colaboradora con la Seguridad Social, con la que el trabajador tenga cubiertas las contingencias profesionales y, cuando no haya cobertura de riesgos profesionales, con la que tengan cubiertas las contingencias comunes⁷⁴. De este modo, el procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave se inicia mediante solicitud de la persona trabajadora dirigida a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora de la provincia en que aquélla tenga su domicilio, o ante la mutua que le corresponda (art. 9.1 del RD 1148/2011)⁷⁵. Comprobados todos los requisitos formales, hechos y condiciones exigidos para acceder al subsidio, la correspondiente entidad gestora o la mutua dictaminará resolución expresa y notificará en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud, el reconocimiento o denegación del derecho a la prestación económica.

El derecho al subsidio por cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave se reconocerá por un periodo inicial de un mes, prorrogable por periodos de 2 meses cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que se acreditará mediante declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia médica del menor, y, como máximo, hasta que éste cumpla los 18 años; y cuando la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor, según se acredite en la declaración médica emitida al efecto, sea inferior a dos meses, el subsidio se reconocerá por el periodo concreto que conste en el informe (art. 7.1 del RD 1148/2011). Ahora bien, en sede judicial se ha destacado la existencia de declaraciones médicas para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave que consideran como tiempo estimado de duración de la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente por parte del progenitor un periodo indefinido a partir de los tiempos de referencia⁷⁶.

El pago del subsidio corresponderá, por periodos mensuales vencidos, a la entidad gestora o a la mutua que resulte competente en la fecha de inicio de los efectos económicos de la prestación, manteniéndose la responsabilidad del pago hasta la fecha del vencimiento del documento de asociación y de cobertura formalizado en su día. En el caso de que a la fecha de dicho vencimiento se hubiera producido un cambio de la entidad que cubra las contingencias profesionales o comunes, en su caso, será la nueva entidad la que asuma el pago del subsidio durante el periodo de doce meses y los sucesivos, en su caso, en tanto mantenga dicha cobertura (arts. 192 de la LGSS y 8.2 y 4 del RD 1148/2011)⁷⁷.

Finalmente, en cuanto a las causas de extinción, según el art. 192.2 LGSS esta se producirá: cuando el menor alcance la mayoría de edad; cuando, previo informe del Servicio Público de Salud u

⁷⁴ Lamentando la decisión del legislador de atribuir la gestión y el pago de una contingencia común a las entidades gestoras de los riesgos profesionales, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *cit.*

⁷⁵ En el caso de un progenitor funcionario, “se entienda o no que la enfermedad del hijo de la demandante esté incluida en el Anexo del RD 1.148/2011 (RCL 2011, 1501), y ella tenga o no derecho a la percepción de sus retribuciones íntegras y a mantener la reducción del 50 % de su jornada por aplicación del art. 49.e) de la Ley 7/2007 o por aplicación del citado RD, que es lo que se pretende, ese derecho no puede reconocerse frente a las entidades que demanda, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, que, por tanto, carecen de legitimación pasiva, la cual, como señaló esta Sala en sentencia de 17 de diciembre de 2002 (AS 2003, 624), puede y debe ser estimada de oficio por el Tribunal, a quien incumbe velar que la litis se ventile única y exclusivamente entre personas que puedan resultar afectadas por la declaración de la sentencia y en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, en la sentencia de 2 de marzo de 1998 (AS 1998, 2059) y el Asturias en la de 24 de marzo de 2006 (JUR 2007, 20623)”. STSJ de Extremadura de 7 de febrero de 2013 (AS 2013\248).

⁷⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de junio de 2014 (JUR 2014\257912).

⁷⁷ En el caso de las personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial el devengo del subsidio será por días naturales, aunque el pago se realice mensualmente (art. 8.4 del RD 1148/2011).

órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor sujeto a acogimiento o a guarda con fines de adopción; cuando se produzca el fallecimiento del menor o del beneficiario; o que este último retome su jornada de trabajo a tiempo completo⁷⁸, sin perjuicio de que se pueda reconocer un nuevo subsidio si se acredita por la persona beneficiaria el cumplimiento de los requisitos exigidos y siempre que el menor continúe requiriendo el cuidado directo, continuo y permanente⁷⁹. De manera análoga, aunque la norma no lo contemple expresamente, el subsidio también se extinguirá cuando la reducción de la jornada laboral pase a ser inferior al 50 por 100 de la misma, aun cuando sigan siendo necesarios los cuidados directos, continuos y permanentes del menor enfermo⁸⁰.

⁷⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F., “Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *cit.*, p. 947.

⁷⁹ BLASCO LAHOZ, J. F., “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad...*cit.*”, p. 90.

⁸⁰ TSJS núm. 29 de los de Madrid de 12 de diciembre de 2012 (JUR 2014\185271).

CAPÍTULO XX. INCENTIVOS A FAVOR DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PROFESIONAL, PERSONAL Y FAMILIAR EN EL RETA: BONIFICACIONES EN LAS CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Europea de Madrid*

I. OBJETO DEL ESTUDIO

La Disposición final 2ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo - LETA- bajo el título “Desarrollo de derechos en materia de protección social” establece que “con carácter progresivo se llevarán a cabo las medidas necesarias para que, de acuerdo con los principios que inspiran esta Ley, se logre la convergencia en aportaciones y derechos de los trabajadores autónomos en relación con los establecidos para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social”. Compartimos plenamente la opinión de CHARRO BAENA y DE SAN MARTÍN MAZZUCCONI¹, de que la convergencia no se conseguirá necesariamente a través de la adopción de medidas idénticas en ambos regímenes, ya que muchas de las que han sido adoptadas por el legislador hasta la fecha, se asientan sobre la base del régimen contractual laboral. “Para poder ejercitar los derechos de conciliación previstos en la legislación laboral resulta imprescindible oponerlos ante un sujeto que asuma obligaciones derivadas de la prestación de servicios en régimen de dependencia o subordinación, como es el empresario en las relaciones laborales”². Sin embargo, esto no ocurre en los trabajadores por cuenta propia, ya que la contraparte en la relación jurídica se encuentra en una situación de igualdad. Es una relación horizontal en la que la única obligación que tiene el cliente es abstenerse de adoptar decisiones discriminatorias por razón de sexo, como podría ser, por ejemplo, la extinción del arrendamiento de servicios como consecuencia de una maternidad. Ello trae como consecuencia que, para los trabajadores por cuenta propia, resulte esencial la labor de fomento de los poderes públicos, que se traduce en la adopción de incentivos que contribuyan a paliar los efectos negativos que el ejercicio del derecho a conciliar pueda tener en la esfera económica, profesional y en la carrera de cotizaciones. Las bonificaciones en las cuotas de los autónomos y las previstas para los contratos de interinidad de trabajadores que sustituyan a aquéllos, tienen, en este sentido, mayor eficacia práctica como medida facilitadora de la conciliación, que en el trabajo por cuenta ajena.

Esta comunicación no se limitará a realizar un estudio descriptivo de esta materia, sino que responde fundamentalmente a dos objetivos: destacar las mejoras introducidas por la reforma del año 2017, y poner de manifiesto los problemas interpretativos que el cambio normativo ha generado, proponiendo soluciones que sean concordantes con los principios que inspiran la LETA.

¹ CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “Las responsabilidades familiares y las trabajadoras autónomas: una doble discriminación”; pág. 11, IV Congreso de la Red Española de Política Social, Alcalá de Henares, 2013. Disponible en: <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel3/Pilar%20Charro%20Baena/TCPonenciaCharroSanMartin.pdf>

² CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “Las responsabilidades familiares y las trabajadoras autónomas: una doble discriminación”, *op.cit.*, pág. 16.

II. EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PROFESIONAL, PERSONAL Y FAMILIAR DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

1. DERECHOS RECONOCIDOS EN LA LETA DENTRO DEL RÉGIMEN PROFESIONAL COMÚN DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO

El artículo 4 LETA, desde su redacción originaria, reconoce a todos los trabajadores autónomos unos “derechos profesionales”, diferenciando entre unos derechos “básicos individuales”- apartado 2-, que tendrán el contenido y alcance que para cada uno de ellos disponga su normativa específica, y otros derechos que califica de “derechos individuales” –apartado 3- añadiendo que serán “en el ejercicio de su actividad profesional”. Entre ellos destacan dos:

- en la letra a) reconoce el derecho “a la igualdad ante la ley y a no ser discriminados, directa o indirectamente, por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, estado civil, religión, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, uso de alguna de las lenguas oficiales dentro de España o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.
- en la letra g) reconoce el derecho “A la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar, con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, en los términos previstos en la legislación de la Seguridad Social”³. La redacción del artículo es anterior a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por lo que, según su DA 2ª, todas las referencias que se realicen al “acogimiento preadoptivo” deberán entenderse hechas a la “delegación de guarda para la convivencia preadoptiva” prevista en el artículo 176 bis del Código civil. Las que se realicen al “acogimiento simple” deberán entenderse hechas al “acogimiento familiar temporal” previsto en el artículo 173 bis del código Civil.

La ley recoge de forma genérica el derecho a conciliar la vida personal, profesional y familiar⁴, y concreta sólo una de las medidas posibles de llevarla que consiste en la suspensión de la actividad. Claramente, este derecho a suspender la actividad tiene dos contrapartidas: por un lado, el deber de los poderes públicos de adoptar medidas de asistencia o de prestaciones sociales sustitutivas de la pérdida de ingresos, y, de otro lado, la obligación de los clientes de mantener la relación contractual, al no tener dichas interrupciones la consideración de incumplimiento contractual⁵. La obligación de los poderes públicos, se regula en el apartado h) del artículo 4.3, que recoge el correlativo derecho

³ Un estudio profundo del derecho a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar de los trabajadores autónomos puede verse en BARRIOS GAUDOR, G., “La conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores autónomos: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 345, 2011. pp. 51-96.

⁴ Las medidas tendentes a facilitar la conciliación de la actividad profesional con la vida personal y familiar, tienen una dimensión constitucional que se desprende de la lectura conjunta de los artículos 14 y 39 CE”. Así lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional en una serie de sentencias que resolvieron recursos de amparo presentados en el contexto de una relación funcional o laboral. *Vid*, SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, y 203/2000, de 24 de julio, en relación con funcionarios interinos; en relación con trabajadores por cuenta ajena, *vid*, SSTC 233/2007, de 5 de noviembre, 3/2007, de 15 de enero, 24/2011, de 14 de marzo y 26/2011, de 15 de marzo.

⁵ Señala ALFONSO MELLADO que el artículo 4.3.g) reconoce esencialmente derechos de Seguridad Social y que la única carga que impone al empleador del autónomo es la de aceptar que la interrupción de la actividad profesional provocada, en su caso, por las medidas de conciliación no constituye un incumplimiento contractual. ALFONSO MELLADO, C.L., “Derechos en el ejercicio de la actividad profesional”, AA.VV., *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, (Monereo Pérez, J.L. y Vila Tierno, F., dirs., Granada, Comares, 2017., pág. 308.

del trabajador autónomo “a la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, de conformidad con la legislación de la Seguridad Social, incluido el derecho a la protección en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales”. Dichas prestaciones se regulan en los artículos 177 a 189 del Real Decreto legislativo 8/2015, por el que se regula el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social –en adelante, TRLGSS-.

Tanto la letra g) como la h) se refieren sólo al derecho a suspender la actividad en las situaciones que se indican, pero, resulta claro, que el derecho a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar puede hacerse efectivo a través de otras medidas como la adaptación de jornada, la reducción de jornada, el cese parcial o suspensión de la actividad para atender a hijos u otros familiares a cargo. Respecto de la reducción de jornada, es preciso recordar, que el artículo 314 TRLGSS remite al artículo 42 sin excluir la prestación de cuidado de hijos enfermos de cáncer u otras enfermedades graves. *Lege ferenda* el artículo 4.3 debería incluir también dicha prestación en el apartado h), así como incorporar en el apartado g) el derecho a la correspondiente reducción de la jornada que, conforme al artículo 2.5 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, deberá ser al menos del 50 por 100 de su duración⁶.

Interesa recordar que el artículo 8 de la Directiva 2010/41/UE⁷, dentro de las “prestaciones por maternidad” hace referencia, por un lado, al subsidio, pero también dispone en el apartado 4 que “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras autónomas, las cónyuges y las parejas de hecho a que se refiere el artículo 2 tengan acceso a servicios que ofrezcan sustituciones temporales o a los servicios sociales existentes en el país. Los Estados miembros podrán establecer que el acceso a dichos servicios figure como alternativa o como complemento al subsidio mencionado en el apartado 1 del presente artículo”. De esta manera la norma comunitaria llama la atención sobre una necesidad: no es suficiente con suspender la actividad y percibir un subsidio que sustituya los ingresos perdidos, sino que es igualmente necesario prever medidas que permitan mantener la actividad mediante la sustitución temporal de la trabajadora durante los períodos de descanso. El legislador español, en diversos preceptos de la LETA, prevé la posibilidad de que los trabajadores autónomos, durante el disfrute de descansos relacionados con la conciliación de la vida profesional, personal y familiar sean sustituidos mediante contratos de interinidad. En el artículo 30 será un requisito indispensable para acceder a las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad social, mientras que en el artículo 38 se limita a permitirlo e, incluso, incentivarlo, pero sin llegar a imponerlo.

2. DERECHOS RECONOCIDOS EN LA LETA DENTRO DEL RÉGIMEN PROFESIONAL DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

La Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, mostró una preocupación por hacer efectiva la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los TRADE, dando una nueva redacción al artículo 11.2, de forma que se

⁶ Al solicitar el subsidio, deberán presentar una declaración indicando expresamente el porcentaje de reducción de su actividad profesional, en relación con una jornada semanal de cuarenta horas. Así mismo presentarán declaración de la situación de la actividad referida a la parte de jornada profesional que se reduce.

⁷ Directiva 2010/41/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

permitió en el apartado a) la contratación de un trabajador por cuenta ajena (la ley insiste en que “se permitirá la contratación de un único trabajador”) en los siguientes supuestos y situaciones⁸:

“1. Supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses.

2. Períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente.

3. Por cuidado de menores de siete años que tengan a su cargo.

4. Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.

5. Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, debidamente acreditada.

De nuevo se omite la referencia al cese parcial de la actividad profesional por cuidado de hijos enfermos de cáncer u otras enfermedades graves, aunque pudiera incluirse dentro del cuidado de menores de siete años a cargo. Sin embargo, sería necesaria su regulación expresa por ley, ya que la protección por esta vía es muy deficiente, pues sólo alcanza hasta los siete años de edad, dejando fuera el tramo comprendido hasta los dieciocho años, y, además, como veremos al estudiar el artículo 16, no se incluye dentro de los supuestos de interrupción justificada de la prestación.

En lo no previsto expresamente, la contratación del trabajador por cuenta ajena se regirá por lo previsto por el artículo 15.1.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores – TRET- y sus normas de desarrollo. Al respecto, es preciso recordar que el artículo 4.3 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada dispone que “también se regirá por las disposiciones establecidas para el contrato de interinidad el celebrado para sustituir a un trabajador autónomo, a un socio trabajador o a un socio de trabajo de una sociedad cooperativa en el supuesto de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente”. Obsérvese cómo ambos preceptos utilizan la misma expresión: el contrato “se regirá por” las disposiciones del artículo 15.1.c) ET, por lo que parece dar a entender que propiamente no es un contrato de interinidad, sino que se “asimila” a él. Sobre este tema volveremos al analizar las bonificaciones vinculadas a la conciliación de la vida profesional, familiar y personal, ya que fue la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, la que creó esta nueva modalidad de contrato de interinidad, pues, como hemos visto, el contrato de interinidad no estaba legalmente previsto para sustituir a trabajadores autónomos que redujeran su actividad.

Las situaciones previstas en los apartados 1 y 2, son claramente supuestos de suspensión de la actividad profesional, durante los cuales, no existe la obligación de remuneración por parte del cliente, ni la obligación del TRADE de prestar el servicio. No obstante, los supuestos regulados en las letras 3, 4 y 5 son más confusos ¿Serían equiparables a las situaciones de excedencia por cuidado de hijos y familiares, y, por ende, nuevos casos de suspensión de la actividad, o se trataría de supuestos equiparables a la reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares? El propio precepto, admite la posibilidad de que lo que se produzca sea una reducción de la actividad profesional del TRADE, ya que se indica que el contrato se celebrará por una jornada equivalente a la reducción de la actividad efectuada por el trabajador autónomo sin que pueda superar el 75 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, en cómputo anual.

En los supuestos 3, 4 y 5, decíamos, el contrato de interinidad se celebrará a tiempo parcial por una jornada equivalente a la reducción de la actividad efectuada por el trabajador autónomo sin que

⁸ No se permitió, sin embargo, la subcontratación de otro autónomo o de un familiar colaborador, tal como se proponía en la enmienda nº 53 presentada en el Senado por CIU y redactada así: “en los supuestos previstos, el TRADE, además de poder contratar a un trabajador por cuenta ajena, debería poder subcontratar a otro autónomo o contratar a un autónomo colaborador, ya que incluso sería una solución más razonable. Se fomentaría el trabajo autónomo en el primer caso y en el segundo caso sería una muy buena medida para que no se resintiera la economía familiar del TRADE”.

pueda superar el 75 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, en cómputo anual. A estos efectos se entenderá por trabajador a tiempo completo comparable lo establecido en el artículo 12 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. La duración del contrato estará vinculada al mantenimiento de la situación de cuidado de menor de siete años o persona en situación de dependencia o discapacidad a cargo del trabajador autónomo, con una duración máxima, en todo caso, de doce meses.

Solamente se permitirá la contratación de un único trabajador por cuenta ajena, aunque concurren dos o más de los supuestos previstos. Además, con el fin de evitar la concatenación de contratos, finalizada la causa que dio lugar a dicha contratación, el trabajador autónomo podrá celebrar un nuevo contrato con un trabajador por cuenta ajena por cualquiera de las causas previstas anteriormente, siempre que, en todo caso, entre el final de un contrato y la nueva contratación transcurra un periodo mínimo de doce meses⁹, salvo que el nuevo contrato tuviera como causa el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia, la maternidad, la paternidad, la adopción o acogimiento (alguna de las previstas en los números 1 y 2). No obstante, en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo o lactancia natural o protección de mujer víctima de violencia de género, así como en los supuestos de extinción del contrato por causas procedentes, el trabajador autónomo podrá contratar a un trabajador para sustituir al inicialmente contratado, sin que, en ningún momento, ambos trabajadores por cuenta ajena puedan prestar sus servicios de manera simultánea y sin que, en ningún caso, se supere el periodo máximo de duración de la contratación.

En los supuestos previstos en los números 3, 4 y 5, solamente se permitirá la contratación de un trabajador por cuenta ajena por cada menor de siete años o familiar en situación de dependencia o discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

Hemos indicado en el epígrafe anterior que el derecho a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar, desde el punto de vista de la relación horizontal con el cliente, debería tener como contrapartida el mantenimiento del contrato de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra. En un principio, cuando concurre la necesidad de cesar de forma temporal en la actividad, ante la imposibilidad de cumplimiento del objeto del contrato, el cliente podría ejercer la *exceptio non adimpleti contractus*, y exigir al trabajador autónomo el cumplimiento de la obligación o solicitar la extinción del contrato con indemnización (art. 1124 del Código Civil). Dado que, como regla general, la prestación no es personalísima, a diferencia del contrato de trabajo, cabría la posibilidad de que el trabajador autónomo diera cumplimiento al contrato mediante un sustituto, ya fuera otro trabajador autónomo¹⁰, un familiar colaborador o un trabajador por cuenta ajena (como efectivamente, se pacta en algunos contratos). En cualquier caso, la LETA parte de la base, en el artículo 16, de que las interrupciones de la actividad fundadas en incapacidad temporal, maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses, se considerarán interrupciones justificadas que no permitirán al cliente extinguir el contrato por la vía del artículo 15. 1.f (extinción por voluntad del cliente por causa justificada). Por lo que la extinción del contrato, fundada en uno de estos motivos, daría lugar a la obligación de indemnizar al trabajador en los términos previstos en el artículo 15.3. Sin embargo, cuando la interrupción, en las situaciones descritas, ocasione un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad, podrá considerarse justificada la extinción del contrato, a efectos de lo dispuesto en la letra f) del apartado 1 del artículo anterior. El legislador, sin embargo, prevé la posibilidad de que el empresario no pueda extinguir el contrato, si el TRADE mantiene su actividad contratando a un trabajador por cuenta ajena, conforme a lo dispuesto en la letra a) del apartado 2

⁹ Así se explica en la Exposición de Motivos de la Ley 31/2015.

¹⁰ De hecho, una nota que diferencia el contrato de arrendamiento de servicios del contrato de trabajo es que, en el caso de un profesional autónomo, se permite la utilización de un colaborador o sustituto, siendo una cláusula habitual en los contratos de este tipo.

del artículo 11, pero no admite que la sustitución se realice con otro trabajador autónomo¹¹. *Sensu contrario*, no se considerarán interrupciones justificadas las debidas al cuidado de menores de siete años, familiares a cargo en situación de dependencia o de personas con discapacidad¹², salvo que se entendieran incluidas dentro de la fórmula genérica del artículo 16.1. b) dentro de “la necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles”, si bien, creemos que dicho precepto parece estar pensando en situaciones parecidas a los permisos retribuidos del artículo 37 TRET. Ahora bien, nada impediría que mediante contrato o acuerdo de interés económico se pactara su consideración como tales (art.16.2 LETA). Pero otra interpretación es posible: si, efectivamente, el legislador está pensando en reducciones de la jornada del trabajador autónomo, no estaríamos ante una “interrupción de la actividad”, y, por lo tanto, no estaría justificaría la extinción del contrato por este motivo¹³.

En la regulación del régimen profesional de los TRADE destaca la relevancia de las medidas temporales de sustitución de los trabajadores autónomos. El artículo 11.2.a) en un último apartado dispone que “la contratación por cuenta ajena reglada por el presente apartado será compatible con la bonificación por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación, prevista en el artículo 30 de esta Ley”. Sin embargo, como veremos más adelante, la identidad no es total entre los supuestos regulados en ambos preceptos.

III. ESTUDIO PARTICULARIZADO DE LAS BONIFICACIONES EN LAS CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL PARA FACILITAR EL MANTENIMIENTO DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL

1. BENEFICIARIOS DE LAS MEDIDAS

Antes de adentrarnos en el análisis de la ley, creemos necesario realizar una puntualización: dentro del colectivo general de los trabajadores autónomos, que son todos los incluidos en el artículo 1 LETA, es preciso hacer una diferenciación entre autónomos no dependientes (sin trabajadores a su servicio), autónomos económicamente dependientes –TRADES- y autónomos empleadores (con trabajadores a su servicio)¹⁴. Las bonificaciones que se explican a continuación resultan de aplicación tanto a los trabajadores autónomos no dependientes, como a los TRADE. Quedan fuera de algunas de ellas, sin embargo, los autónomos empleadores. Podríamos añadir una cuarta categoría, la de los autónomos societarios, cuya inclusión dentro del término “trabajador por cuenta propia o autónomo” a los efectos de la posibilidad de beneficiarse de las bonificaciones en las cuotas de Seguridad social, ha sido muy discutida. La Tesorería General de la Seguridad Social¹⁵ ha hecho una

¹¹ Al respecto, y en relación con el artículo 30 ET, señala SELMA PENALVA, que “a pesar de la libertad de empresa que proclama la CE, en virtud de este régimen jurídico, si el trabajador autónomo opta por concertar un vínculo civil con otro trabajador autónomo que, actuando por cuenta propia, le sustituya en el trabajo, transfiriéndole encargos y clientes, no quedará encuadrado en el supuesto de hecho que configura la citada bonificación”, SELMA PENALVA, A., “Incentivos a la mujer emprendedora. Especial referencia a las nuevas medidas introducidas por la Ley 31/2015 de fomento del trabajo autónomo y de la economía social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 394, 2016, pág. 82.

¹² En las enmiendas núm. 1 presentada por el Grupo Mixto y núm. 36 presentada por Entesa pel progres de Catalunya en el Senado se solicitaba la eliminación de la posibilidad de contratar por cuenta ajena, con la siguiente justificación: “El acceso a determinados derechos de conciliación de la vida laboral y familiar de los TRADES no puede realizarse a costa de perder su condición para pasar a tener la condición de empresarios. Es mejor regular el acceso a esos derechos (por cuidado de menores de siete años que tengan a su cargo, por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada y por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con una discapacidad igual o superior al 33 %, debidamente acreditada) como una interrupción, total o parcial, de la prestación de servicios para la empresa cliente, equiparándolos a los ahora ya reconocidos en el artículo 16 de la misma ley.”

¹³ Ambas interpretaciones, como posibles, encontramos en FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., “Conciliación de la vida familiar y profesional del emprendedor en España”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, vol. 5, núm. 1, enero-marzo 2017, pág.18.

¹⁴ Sobre esta distinción, *vid.* ALFONSO MELLADO, C.L., “Derechos en el ejercicio de la actividad profesional”, *op.cit.*, pág. 298.

¹⁵ En una circular interna, Instrucción 28/2013, de 31 de julio, de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones, donde establecía criterios para el reconocimiento de la tarifa plana a jóvenes emprendedores.

interpretación restrictiva del término “autónomo”, considerando tal únicamente a la persona física y excluyendo a los “autónomos societarios”. Tal interpretación es contraria tanto al espíritu de la ley, que es favorecer el emprendimiento y el trabajo por cuenta propia, como al tenor literal de ésta, que exige únicamente el alta en el RETA, sin excluir a ningún autónomo, por lo que dicho término tendría que entenderse en el sentido amplio del artículo 1.2 de la LETA¹⁶.

Por otro lado, en las bonificaciones que vamos a analizar, existe un silencio respecto de los socios de sociedades laborales y de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, a los que sí se refieren los artículos 31 y 32 LETA. Como veremos más adelante, este silencio resulta llamativo, ya que ha sido una práctica frecuente que el legislador les extendiera los mismos incentivos de los que se beneficiaban los trabajadores por cuenta propia.

2. BONIFICACIÓN A LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA POR CONCILIACIÓN DE LA VIDA PROFESIONAL Y FAMILIAR VINCULADA A LA CONTRATACIÓN (ARTÍCULO 30 LETA)

La rúbrica del artículo nos indica que dicha bonificación está vinculada a la contratación. Como se indica en el Preámbulo de la Ley 25/2015, la norma cumple un doble objetivo: por un lado, se adoptan medidas que contribuyan a la viabilidad del proyecto profesional del trabajador autónomo, permitiéndole hacer frente a sus obligaciones familiares, manteniendo su actividad profesional; por otro lado, al estar vinculada la medida a la contratación de un trabajador por cuenta ajena, se pretende contribuir a la dinamización del mercado de trabajo. Dichas contrataciones, en lo no previsto expresamente, “se regirán por lo dispuesto en el artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo” (apartado 7). De esta forma, como decíamos en el epígrafe anterior, el legislador habría creado un nuevo supuesto de contrato de interinidad, que tendría, un carácter excepcional¹⁷.

Los destinatarios de la bonificación son los trabajadores incluidos en el RETA, así como. los trabajadores por cuenta propia que queden incluidos en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (apartado 8). Se excluyen de la bonificación, como veremos más adelante, los autónomos empleadores, ya que la ley exige que el autónomo carezca de trabajadores asalariados en la fecha de inicio de la aplicación de la bonificación y durante los doce meses anteriores a la misma. Se trata de una medida dirigida, pues, a los pequeños autónomos¹⁸. Obsérvese que tras la reforma de la ley 31/2015 es la única bonificación respecto de la que se mantiene el requisito de carecer de trabajadores a su servicio, pues ha desaparecido en los

¹⁶ De esta opinión son también las SSTSJ Madrid (sala de lo contencioso-administrativo) de 30 de enero de 2015 (Rec. 1125/2013) y Galicia (sala de lo contencioso-administrativo) de 21 de mayo de 2015 (Rec. 4294/2014) y Castilla y León (sala de lo contencioso-administrativo) de 28 de febrero de 2017 (Rec. 593/2016). La STS de 21 de junio de 2016 (rec. 3805/2014) argumentó jurídicamente de esta forma, para concluir que los autónomos societarios también pueden acogerse a la medida de capitalización de la prestación de desempleo, prevista en el art. 34 LETA.

¹⁷ SELMA PENALVA, A., (“Incentivos a la mujer emprendedora. Especial referencia a las nuevas medidas introducidas por la Ley 31/2015 de fomento del trabajo autónomo y de la economía social”, *op.cit.*,pág. 80) entiende, sin embargo, que el artículo 30 no exige que el contrato sea de interinidad, sólo que sea un contrato laboral que podría ser, incluso indefinido. Sólo en el caso de que el beneficiario fuera un TRADE, por exigencia, esta vez, del artículo 11.2.a), el contrato debería ser de interinidad. Ello explicaría que se permitiera el disfrute de incentivos ligados a la contratación por cuenta ajena (pág. 80). Sin embargo, la dicción empleada en el artículo 30 es idéntica a las del artículo 11.2.a) por lo que creemos que, si se admite que en este último el legislador está pensando en un contrato de interinidad, a igual conclusión debería llegarse al interpretar el artículo 30.

¹⁸ La exigencia de carecer de trabajadores, aparecía en las bonificaciones de las cuotas a la seguridad social de los trabajadores que se dieran de alta por primera vez en el RETA (menores de 30 años y personas con discapacidad) antes de la reforma de la Ley 31/2015. Con ello, como señaló MOLINA NAVARRETE, C., (“Pasión reformadora sociolaboral y estrés de cierre legislativo (I): más autoempleo y emprendimiento social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 391, 2015, pág. 143), el legislador se orientó a favorecer la figura del emprendedor *freelance* y autónomos con proyectos de escasa envergadura, dejando fuera a emprendedores con proyectos más ambiciosos y que, por tanto, necesitaran contratar a trabajadores desde el principio.

artículos 31 y 32 LETA¹⁹. Llama la atención que se mantenga para quien ya es autónomo. Podría darse la circunstancia de que sólo dos años antes se hubiera dado de alta por primera vez, contratara a un trabajador y se beneficiara de la tarifa plana del artículo 31 y posteriormente, no pudiera acogerse a la bonificación ligada a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar, por tener a un trabajador a su servicio.

El incentivo consiste en el derecho, por un plazo de hasta doce meses²⁰, a una bonificación del 100 por cien de la cuota de autónomos por contingencias comunes, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida²¹, el "tipo mínimo de cotización vigente en cada momento" establecido en el citado Régimen Especial en una serie de supuestos que veremos a continuación²². Pese a que el precepto no indique expresamente que se incluye la incapacidad temporal, lo más razonable es interpretar que el tipo mínimo incluye dicha contingencia, toda vez que su cobertura es obligatoria para todos los autónomos, excepto para los trabajadores del sistema especial agrario y para quienes trabajen en régimen de pluriactividad.

Continúa diciendo el artículo 30 que en el caso de que el trabajador lleve menos de doce meses de alta en el RETA, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.

La bonificación se aplica sólo sobre la cuota por contingencias comunes, dejando al margen la cuota por contingencias profesionales que es obligatoria para los TRADES y otros autónomos que estén obligados a formalizar su cobertura por desempeñar una actividad profesional con un elevado riesgo de siniestralidad.

Respecto de las situaciones durante las que el trabajador se beneficiará de las bonificaciones, son tres:

a) Por cuidado de menores de doce años que tengan a su cargo. En caso de que el menor que dio lugar a la bonificación prevista en este artículo alcanzase la edad de doce años con anterioridad a la finalización del disfrute de la bonificación, esta se podrá mantener hasta alcanzar el periodo máximo de doce meses previsto, siempre que se cumplan el resto de condiciones. El legislador de 2017 ha equiparado la edad a la prevista en el artículo 37.6 TRET (edad que coincide con la finalización de la Educación Primaria).

b) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.

c) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento o una discapacidad física o sensorial con un

¹⁹ SELMA PENALVA, A., ("Incentivos a la mujer emprendedora. Especial referencia a las nuevas medidas introducidas por la Ley 31/2015 de fomento del trabajo autónomo y de la economía social", *op.cit.* pág.82), critica, muy razonablemente que la medida se reserve sólo a los pequeños autónomos, puesto que "en realidad, no es totalmente cierto que los autónomos que ya tengan empleados puedan valerse de la estructura productiva que han creado para sobrellevar sus períodos de ausencia, pues muchas veces la organización empresarial está sustentada sobre un autónomo-empresario que desarrolle a jornada completa una actividad profesional en la propia empresa que ha creado, valiéndose (aunque no exclusivamente, sí sustancialmente) de su propia fuerza de trabajo, para hacer frente a las demandas de la actividad que le requiere el mercado" (pág.82).

²⁰ La duración máxima de la bonificación, durante doce meses, coincide con la duración máxima del contrato laboral que podrá realizar el TRADE.

²¹ Hay que tener en cuenta que en los doce meses anteriores la base puede haberse modificado, no sólo por la necesidad de actualizar la cuantía inicialmente elegida a los cambios introducidos por las leyes de presupuestos generales del Estado, sino por voluntad del propio trabajador autónomo. A partir del 1 de enero de 2018, los trabajadores autónomos podrán realizar hasta cuatro cambios de base de cotización dentro de cada año natural, eligiendo otra dentro de los límites mínimo y máximo que les resulten aplicables en cada ejercicio (art. 43 bis del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social).

²² Pudiera darse el caso de que, durante el período de los doce meses anteriores, el trabajador autónomo hubiera estado beneficiándose de las bonificaciones y reducciones previstas en los artículos 31 y 32 LETA.

grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, cuando dicha discapacidad esté debidamente acreditada, siempre que dicho familiar no desempeñe una actividad retribuida²³.

Los beneficiarios de la bonificación tendrán derecho a su disfrute una vez por cada uno de los sujetos causantes a su cargo, siempre que se cumplan el resto de requisitos previstos en el presente artículo (apartado 5). La ley no exige, como en los artículos 31 y 32, un período mínimo de carencia para acceder nuevamente a una bonificación de este tipo.

Como dijimos en el epígrafe anterior, existe una falta de concordancia entre el artículo 30 y el artículo 11.2.a). Respecto de los menores, la edad es más elevada en el artículo 30. Sin embargo, respecto de las personas con discapacidad a cargo, tratándose de personas con discapacidad física, dejaría fuera a aquellos con un grado de discapacidad inferior al 65 %.

Esta bonificación fue introducida por Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Es, por tanto, anterior al artículo 11.2.a) que hemos examinado en el epígrafe anterior. En un primer momento no se aplicaba a los TRADES, dada la prohibición de contratar a trabajadores por cuenta ajena, posibilidad que incorporó posteriormente la Ley 31/2015 que, como hemos visto, remite al artículo 30. En el texto originario del Real Decreto-Ley los sujetos causantes del derecho eran sólo los menores de siete años y los familiares en situación de dependencia. La tramitación parlamentaria introdujo, a través de la Ley 25/2015, el supuesto de las personas con discapacidad, tal como se regula en la actualidad, diferenciando entre tipos y grados de discapacidad. Este era el texto que estaba en vigor cuando se aprobó, sólo dos meses después, la Ley 31/2015, que, sin embargo, omitió esta diferenciación, lo que nos hace preguntarnos si la diferencia de redacción fue intencionada. En el momento de aprobarse la Ley 25/2015, el Proyecto de ley por el que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, se había publicado con la redacción actual del artículo 11 en el Boletín oficial del Congreso de 22 de mayo de 2015, por lo que los parlamentarios debían conocer las redacciones de ambos textos. La falta de coherencia entre los enunciados de dos preceptos que, a nuestro juicio, deberían ser concordantes, podría explicarse por la diferente vía de aprobación de ambas leyes: la ley 31/2015 fue aprobada por el trámite ordinario, mientras que la ley 25/2015 fue aprobada en comisión por el trámite de urgencia. Es probable que los no coincidieran en ambas tramitaciones los parlamentarios que finalmente aprobaron ambas leyes, lo que explicaría que no hubieran tenido una visión integradora de las dos. *Lege ferenda*, creemos que esta falta de coherencia debería ser subsanada, elevando a doce años la edad prevista para los menores en el artículo 11.2.a) y equiparando el supuesto de las personas con discapacidad, toda vez que la reforma del artículo 11.2.a) se justificó con carácter excepcional, para que los TRADE pudieran acogerse a las bonificaciones del artículo 30.

La bonificación tiene una gran importancia. Dado que todavía no está en vigor, ni desarrollada reglamentariamente, la posibilidad de cotizar a tiempo parcial, como sería lo más adecuado²⁴, estos trabajadores, aun cuando hayan reducido temporalmente su actividad, continúan cotizando como si lo estuvieran haciendo de forma plena. Por otro lado, en el caso de que decidan cesar temporalmente de forma total su actividad, dicho período, no goza de los beneficios de la excedencia por cuidado de hijos o familiares, esto es la consideración como situación asimilada al alta y como cotizados de los tres años en el caso de la excedencia por cuidado de hijos y del primer año en el caso de la excedencia por cuidado de familiares a efectos de determinadas prestaciones, por lo que su carrera de

²³ En relación con el requisito de que el familiar no desempeñe una actividad retribuida, téngase en cuenta, que la DA 10ª LETA permite la contratación como trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo, de los hijos del trabajador autónomo menores de 30 años que convivan con él o que aun siendo mayores tengan especiales dificultades para su inserción social, considerándose tales los incluidos en este grupo, a los que la ley 6/2017 ha añadido uno más: "Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento e inferior al 65 por ciento, siempre que causen alta por primera vez en el sistema de la Seguridad Social".

²⁴ La LPGE 2017 estableció una nueva suspensión de la posibilidad de ejercer a tiempo parcial la actividad autónoma hasta el 1 de enero de 2019 (Disposición final 17ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio).

cotización se resiente. *Lege ferenda*, cuando exista ya la posibilidad práctica de cotizar a tiempo parcial, sería conveniente revisar esta medida.

La aplicación de la bonificación recogida en el apartado anterior estará condicionada al cumplimiento de las siguientes obligaciones (apartado 2):

- Permanencia en alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos²⁵. No se trata, pues, de un supuesto de alta inicial.
- Contratación de un trabajador, a tiempo completo o parcial, que deberá mantenerse durante todo el periodo de su disfrute. En todo caso, la duración del contrato deberá ser, al menos, de tres meses desde la fecha de inicio del disfrute de la bonificación. No se exige que el sustituto sea un trabajador desempleado.
- La duración de la jornada del trabajador sustituido puede ser a tiempo completo o parcial. Resulta controvertido si la elección de una u otra está condicionada por la duración de la jornada del trabajador autónomo, o si en este aspecto el autónomo goza de completa libertad. El artículo 5 RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, al que se remite el artículo 30 como normativa de desarrollo del artículo 15.1.c) TRET, dice que el contrato de interinidad “deberá” celebrarse a jornada completa, excepto en dos supuestos: para sustituir a trabajadores con contrato a tiempo parcial o para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerzan el derecho reconocido en el artículo 37. 5 TRET o en aquellos otros supuestos en que se haya acordado una reducción temporal de jornada del trabajador sustituido. Así pues, si aplicamos el artículo 5 del reglamento, el autónomo no goza de libertad absoluta, de modo que el contrato del sustituto “deberá” ser a tiempo completo si cesa temporalmente en la actividad de forma total y será a tiempo parcial si sólo cesa de forma parcial. Si esta última interpretación es la correcta, significaría que, reconocida la posibilidad de que el contrato del sustituto sea a tiempo completo, el legislador estaría previendo la posibilidad de que el autónomo se acogiera a una figura parecida a la excedencia por cuidado de hijos o familiares. No obstante, cabe otra interpretación conforme a la cual el legislador realmente habría creado una nueva modalidad de contratación interina, con unas reglas, en algunos aspectos, propias que difieren de la regulación reglamentaria. Dichas reglas especiales afectarían a la causa del contrato, a su duración y extinción y también a la duración de la jornada.
- El trabajador contratado será ocupado en la actividad profesional que da lugar al alta en el Sistema de Seguridad Social del trabajador autónomo. Esta precisión se añadió en la reforma de julio 2015. De esta forma, se aclaró que el sustituido es el trabajador autónomo y no un posible cuidador.
- Cuando se extinga la relación laboral, incluso durante el periodo inicial de tres meses, el trabajador autónomo podrá beneficiarse de la bonificación si contrata a otro trabajador por cuenta ajena en el plazo máximo de 30 días. El artículo 30 se refiere sólo a la extinción del contrato del trabajador sustituido, pero guarda silencio respecto de la posibilidad de que el contrato simplemente se suspenda, como si hace el artículo 11.2.a) cuando permite que el TRADE contrate a otro trabajador por cuenta ajena para sustituir al interino sustituto durante la baja por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgos durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural o protección de mujer víctima de violencia de género, sin que ambos trabajadores coincidan ni la duración de los dos contratos sumados, exceda de la duración máxima

²⁵ La ley sólo exige que se mantenga de alta en el RETA, pero no que mantenga la misma base de cotización. En previsión de que la reducción de la actividad, pese a la contratación de un sustituto que le va a permitir cumplir con el contrato con el cliente, pueda suponer una reducción de ingresos, sería posible que el trabajador autónomo solicitara un cambio de base de cotización.

de doce meses. Entendemos que, dado que el contrato del trabajador interino se mantiene durante la suspensión, el derecho a la bonificación no desaparece, ya que se continúa cumpliendo el requisito de vinculación a una contratación laboral.

- Si se opta por un contrato a tiempo parcial, éste “no podrá celebrarse por una jornada laboral inferior al 50 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable”, añadiéndose a continuación que “si la contratación es a tiempo parcial, la bonificación prevista en el apartado 1 de este artículo será del 50 por ciento.” (obsérvese que el 50 por ciento es el porcentaje de reducción de la actividad profesional por cuidado de hijos enfermos de cáncer u otras enfermedades graves y el porcentaje de subsidio cuando la paternidad o la maternidad se disfruta a tiempo parcial). En el caso de que fuera un TRADE, hay que tener en cuenta que el artículo 11.2.a) establece que la jornada a realizar también tiene un máximo no pudiendo superar el 75 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.
- En todo caso, el trabajador autónomo que se beneficie de la bonificación prevista en este artículo deberá mantenerse en alta en la Seguridad Social durante los seis meses siguientes al vencimiento del plazo de disfrute de la misma. En caso contrario el trabajador autónomo estará obligado a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada.
- Carecer de trabajadores asalariados en la fecha de inicio de la aplicación de la bonificación y durante los doce meses anteriores a la misma. No se tomará en consideración a los efectos anteriores al trabajador contratado mediante contrato de interinidad para la sustitución del trabajador autónomo durante los periodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. Sería una opción lícita que se mantuviera al mismo interino para sustituir al trabajador autónomo en las situaciones descritas en el artículo 30. Quedan, pues, excluidos de esta bonificación los autónomos empleadores²⁶.

A modo de sanción el apartado 3 prevé que, en caso de incumplimiento de lo previsto en el apartado anterior, el trabajador autónomo estará obligado a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada. Sin embargo, hay que hacer las siguientes matizaciones:

- No procederá el reintegro de la bonificación cuando la extinción esté motivada por causas objetivas o por despido disciplinario cuando una u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni en los supuestos de extinción causada por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador o por resolución durante el periodo de prueba. No se obliga en estos casos a contratar a otro interino.
- Cuando proceda el reintegro, este quedará limitado exclusivamente a la parte de la bonificación disfrutada que estuviera vinculada al contrato cuya extinción se hubiera producido en supuestos distintos a los previstos en el párrafo anterior.
- En caso de no mantenerse en el empleo al trabajador contratado durante, al menos, tres meses desde la fecha de inicio del disfrute de la bonificación, el trabajador autónomo estará obligado a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada, salvo que, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, se proceda a contratar a otra persona en el plazo de 30 días.

Dispone el apartado 6 que “La medida prevista en este artículo será compatible con el resto de incentivos a la contratación por cuenta ajena, conforme a la normativa vigente ¿A qué incentivos se

²⁶ Aunque no lo diga la ley, el hecho de que el trabajador autónomo tenga que contratar a un interino, le convierte en empresario en los términos del artículo 1.2, ET, previsión que si bien se recoge sólo para los TRADE en el artículo 11.2.a) resulta igualmente aplicable a los trabajadores autónomos no dependientes.

refiere el artículo 30²⁷ Si el contrato que debe realizarse con el trabajador sustituto es de interinidad, sólo hay dos normas que prevén bonificaciones para este tipo de contratos:

- el 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 descansos por maternidad, adopción o acogimiento.
- La DA 21^a del TRET que regula las reducciones de cuotas empresariales de la Seguridad Social por contingencias comunes de los contratos de interinidad celebrados para sustituir a trabajadores que estén en la situación de excedencia por cuidado de familiares

La segunda de las normas se dirige únicamente a la sustitución de trabajadores por cuenta ajena, mientras que la primera prevé la sustitución de trabajadores por cuenta propia pero únicamente durante los descansos de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. Así pues, hoy por hoy, es preciso concluir que el artículo 30 se refiere a una ley futura²⁷

Poniendo en conexión el artículo 30 con el 11.2.a) podemos concluir que lo que se prevé en ambos preceptos no coincide con instrumentos clásicos de conciliación de los trabajadores por cuenta ajena, como son la excedencia o la reducción de jornada. De forma muy acertada, señala FERNÁNDEZ COLLADOS que “no es una excedencia porque el autónomo no se encuentra en situación asimilada al alta, siendo precisamente un requisito la permanencia en situación de alta (art. 30.2 LETA), por lo que el autónomo podrá seguir realizando su actividad profesional, pero disponiendo del tiempo necesario para poder hacer frente a sus obligaciones familiares al tener contratado un trabajador por cuenta ajena. No es tampoco una reducción de jornada por motivos familiares, porque el trabajador por cuenta ajena, podrá estar contratado a tiempo completo, o a tiempo parcial, y sólo en el caso de estarlo a tiempo parcial, la bonificación será del 50 por ciento, no del 100 por cien (art.30.2 LETA).”²⁸ Por otro lado, aunque supone un gran avance que la edad de los menores se haya elevado a doce años, este derecho que se desprende de la bonificación sigue siendo de entidad inferior a los derechos de reducción de jornada y de excedencia reconocidos para los trabajadores por cuenta ajena, al menos, tanto por su duración (sólo doce meses y no doce años, tres años o dos años), como por los sujetos que la generan (los artículos 37 y 46 TRET no discriminan dentro de la discapacidad en función de los tipos y del grado)²⁹.

3. BONIFICACIÓN DE CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL PARA TRABAJADORES AUTÓNOMOS DURANTE EL DESCANSO POR MATERNIDAD, PATERNIDAD, ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN, ACOGIMIENTO, RIESGO DURANTE EL EMBARAZO O RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

Se regula en el artículo 38 LETA, precepto que ha sido reformado a través de la Ley 6/2017. Interesa destacar, en primer lugar, que la nueva redacción de la rúbrica del artículo sí se adecúa a los cambios introducidos en el Código Civil. Sin embargo, comparando este precepto con el nuevo artículo 38 bis, llama la atención que no se haga referencia a la tutela, si bien, ésta se encuentra asimilada a la adopción y el acogimiento en el artículo 2.1. del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. En consecuencia, y pese al silencio de la ley, consideramos que también se encuentra incluida.

²⁷ De la misma opinión es FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., “Conciliación de la vida familiar y profesional del emprendedor en España”, *op.cit.*, pág.16,

²⁸ FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., “Conciliación de la vida familiar y profesional del emprendedor en España, *op.cit.* pág. 13, formato pdf.

²⁹ SELMA PENALVA, A., “Incentivos a la mujer emprendedora. Especial referencia a las nuevas medidas introducidas por la Ley 31/2015 de fomento del trabajo autónomo y de la economía social”, *op.cit.*, pág. 82.

Son beneficiarios los trabajadores por cuenta propia o autónomos incluidos en el RETA o como trabajadores por cuenta propia en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, “durante los períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, siempre que este periodo tenga una duración de al menos un mes”³⁰. La exigencia de que el período de descanso tenga una duración de, al menos, un mes está garantizada en el caso de la maternidad, ya que la duración mínima del descanso es de seis semanas. En el caso de la paternidad, antes de la nueva redacción introducida por la LPGE para 2018 que eleva la duración a cinco semanas³¹, era de difícil cumplimiento, porque la duración máxima del permiso de paternidad era de cuatro semanas, período que no es ni mucho menos coincidente con un mes³².

El incentivo consiste en la aplicación en la cotización de una bonificación del 100 por cien de la cuota de autónomos, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida, el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en el régimen especial de Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad por cuenta propia. A diferencia del artículo 30, la bonificación no se limita a la cuota por contingencias comunes, sino que de forma genérica se habla de la “cuota de autónomos” a la que se aplicará no el tipo mínimo, sino el “tipo de cotización establecido como obligatorio”, por lo que, podría interpretarse que, en el caso de los TRADE, la bonificación alcanzaría también a la cuota por contingencias profesionales. En este sentido, al menos con los TRADE, se habría producido una equiparación con la bonificación prevista en la DA 2ª de la Ley 12/2001³³ que regula las bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad. Dichas bonificaciones se aplican a las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y a las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta.

Si el trabajador lleva menos de doce meses de alta en el RETA o como trabajador por cuenta propia incluido en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.

Antes de la reforma de 2017, la bonificación, como la prevista en la DA2ª de la Ley 12/2001, estaba vinculada a la contratación de un trabajador interino desempleado, en los términos del Real Decreto-Ley 11/1998. Dicho requisito se ha eliminado³⁴, manteniéndose ahora con carácter optativo, ya que la ley señala que “esta bonificación será compatible con la establecida en el Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre”³⁵. De esta forma, aun separándose de la regulación

³⁰ Los trabajadores pertenecientes al RETA, con excepción de los incluidos en el Sistema especial de trabajadores por cuenta propia agrarios (SETA) y de los trabajadores económicamente dependientes (TRADE), presentarán, si la Entidad Gestora lo estima conveniente, una declaración de situación de actividad en el modelo oficial, sobre la persona que gestione directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sea titular o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad desarrollada.

³¹ Ley 6/2018 de 3 de Jul (Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. La medida entró en vigor el 5 de julio de 2018.

³² *Vid* una crítica, bajo la vigencia de la duración máxima de 4 semanas en NICOLÁS BERNAD, J.A., “Controversias jurídicas en materia de Seguridad Social en la aplicación de la Ley 6/2017, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, y propuestas de mejora”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 422, 2018, pág. 38, nota 15. MONEREO PÉREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “¿Nuevas metas y tutelas para los trabajadores autónomos? Sobre el sentido y alcance de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (comentario de urgencia)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 13, 2017, pág. 29.

³³ La nueva redacción de la DA 2ª Ley 12/2001, fue introducida por la Ley 31/2015.

³⁴ La supresión de este requisito ha sido bien acogida por la doctrina científica. *Vid*, NICOLÁS BERNAD, J.A., “Controversias jurídicas en materia de Seguridad Social en la aplicación de la Ley 6/2017, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, y propuestas de mejora”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 422, 2018, pág. 38.

³⁵ La redacción del artículo 38 LETA que encontramos en la Ley 31/2015, era mimética de la DA 2ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. que regula las bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en período de descanso por maternidad, (...)

prevista para los trabajadores por cuenta ajena, continúa abierta la posibilidad de que la sustitución sea a “coste cero”.

A diferencia del artículo 30 LETA, en nuestro caso no se excluye de forma expresa de la bonificación al trabajador autónomo empleador³⁶.

El artículo 38 no tiene en cuenta que el permiso de paternidad y maternidad se puede disfrutar a tiempo parcial, pero no encontramos impedimento para que, en este caso, se aplique la bonificación. Dado que la percepción de los subsidios y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del 50 por 100 (DA 1ª. 8 del RD 295/2009), aplicando la misma regla que en el artículo 30 LETA, la bonificación debería ser del 50 por ciento. Si se realizase un contrato de interinidad al amparo del RD-Ley 11/1998 debería ser a jornada parcial, en cuyo caso la bonificación aplicable a dicho contrato irá referida sólo a la jornada parcial que tiene el contrato de interinidad y que coincidirá con el disfrute parcial del permiso³⁷.

4. BONIFICACIONES A LAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS QUE SE REINCORPOREN AL TRABAJO EN DETERMINADOS SUPUESTOS

Se regula en el nuevo artículo 38 bis LETA, introducido por la Ley 6/2017³⁸. No se trata de una medida totalmente novedosa, ya que lo que ha hecho la reforma es recuperar un incentivo que ya existía en nuestro ordenamiento jurídico, reconocido en la DA 65ª LPGE para el año 2006³⁹ (derogada por la disposición derogatoria única, 2.c) del RD Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad). A través de la técnica de las bonificaciones se fomentaba el mantenimiento de la actividad de la trabajadora autónoma tras el disfrute del descanso por maternidad. Anteriormente, el artículo 47.4 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, había establecido una medida parecida para las trabajadoras por cuenta ajena que se reincorporaran tras el descanso por maternidad o de una excedencia por cuidado de hijo, incentivo que después se incorporó con modificaciones en la Ley 43/2006 y que también fue suprimido por la disposición derogatoria única.1.f) del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En el año 2017 el legislador ha recuperado esta medida para las trabajadoras autónomas, pero no para las trabajadoras por cuenta ajena.

adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad. En la actualidad, mientras que para la aplicación de la bonificación del artículo 38 LETA no se exige la contratación de un interino en los términos del Real Decreto-Ley 11/1998, sí continúa siendo exigible para que el empresario se aplique la bonificación en las cuotas empresariales correspondientes al trabajador sustituido.

³⁶ De la misma opinión es FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., (“Conciliación de la vida familiar y profesional del emprendedor en España”, *op.cit.*, pp. 11-12) para quien “aunque la previsión no se circunscribe a los autónomos que carecen de empleados o que regentan una PYME, es obvio que esta medida redundará fundamentalmente en las mujeres que deciden emprender un negocio solas – o sin apenas empleados –, y que gracias a esta medida podrán asumir la maternidad sin dejar desatendido su negocio y a “coste cero” en lo que concierne a la Seguridad Social, pues a la bonificación de la cuota del trabajador que contrate, se le sumará la bonificación de su propia cuota de autónomo.”. *Vid.*, también, SELMA PENALVA, A., “Incentivos a la mujer emprendedora. Especial referencia a las nuevas medidas introducidas por la Ley 31/2015 de fomento del trabajo autónomo y de la economía social”, *op.cit.*, pág.84.

³⁷ De la misma opinión es SELMA PENALVA, A., “Incentivos a la mujer emprendedora. Especial referencia a las nuevas medidas introducidas por la Ley 31/2015 de fomento del trabajo autónomo y de la economía social”, *op.cit.*, pág. 78. Si bien hace estas reflexiones sobre la norma anterior a la reforma de 2017, que exigía la contratación simultánea de un trabajador interino desempleado, sus reflexiones, basadas, como ella dice, en la pura lógica, continúan siendo aplicables.

³⁸ La DA 65ª establecía que: “las trabajadoras por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia y Autónomos que, habiendo cesado su actividad por maternidad y disfrutado del período de descanso correspondiente, vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes a la fecha del parto tendrán derecho a percibir una bonificación del 100 por ciento de la cuota por contingencias comunes resultante de aplicar el tipo de cotización a la base mínima vigente en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la Seguridad Social, independientemente de la base por la que coticen, y durante un período de 12 meses. Dicha bonificación será también de aplicación a las socias trabajadoras de cooperativas de Trabajo Asociado, que se incluyan en el indicado régimen especial”.

³⁹ Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.

Las trabajadoras incluidas en el RETA o como trabajadoras por cuenta propia en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, que, habiendo cesado su actividad por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela, en los términos legalmente establecidos, vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes a la fecha del cese, tendrán derecho a una bonificación en virtud de la cual su cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, quedará fijada en la cuantía de 50 euros mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de su reincorporación al trabajo, siempre que opten por cotizar por la base mínima establecida con carácter general en el régimen especial que corresponda por razón de la actividad por cuenta propia. Aquellas trabajadoras por cuenta propia o autónomas que, cumpliendo con los requisitos anteriores, optasen por una base de cotización superior a la mínima indicada en el párrafo anterior, podrán aplicarse durante el período antes indicado una bonificación del 80 por ciento sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar la resultante de aplicar a la base mínima de cotización establecida con carácter general en el correspondiente régimen especial el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal.

El precepto está redactado de una forma extraordinariamente confusa. El presupuesto de hecho que da derecho a la bonificación es el cese en la actividad en determinados supuestos. Existe controversia en torno a si dicho cese debe ser definitivo o si también podría ser temporal. Optar por la baja definitiva en el RETA significaría que el nuevo incentivo tiene como finalidad facilitar el reemprendimiento de las trabajadoras autónomas. Sería un supuesto especial de nueva alta, que no se regiría por las reglas del artículo 31 LETA, que exige que haya pasado un período mínimo de dos años desde el cese definitivo de la anterior actividad. Otra especialidad, frente a la tarifa plana general, radica en que si fuera necesario un segundo reemprendimiento por el mismo motivo (una nueva maternidad) no sería necesario esperar el plazo mínimo de tres años para acogerse a una nueva bonificación⁴⁰. La segunda posibilidad es interpretar que no es necesario que la trabajadora haya causado baja definitiva en el RETA como consecuencia de la maternidad. Perfectamente, podría darse el caso de que por tener derecho al descanso y a la percepción del correspondiente subsidio se encontrase en situación asimilada al alta, sin necesidad, por tanto, de darse de baja definitiva en el RETA. De esta forma, la ley atendería a dos objetivos: favorecer el reemprendimiento para quien hubiera cesado definitivamente, pero también facilitar el mantenimiento de la actividad tras la reincorporación de una maternidad, lo que contribuye, utilizando las palabras del Preámbulo de la Ley 6/2017, a “mejorar las posibilidades de supervivencia de la actividad emprendedora.” Esta es la interpretación que nos parece más razonable, de modo que el “cese de actividad”, hasta mayor concreción normativa, ha de entenderse como el parón en la actividad de la autónoma por la maternidad con o sin baja definitiva en el RETA.

Cabe hacer una aclaración más, en el caso de que la trabajadora haya tenido derecho al descanso, no es necesario que éste haya alcanzado la duración máxima. De esta forma, podría acogerse a esta bonificación, una trabajadora autónoma que, por ejemplo, hubiera disfrutado del descanso mínimo de seis semanas posteriores al parto y cediera el resto al otro progenitor. Si comparamos la regulación actual con la contenida en la LPGE para 2006, observamos que los períodos de descanso no se limitan a la maternidad, sino que se han ampliado a la adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela. En el caso de que el cese haya sido sólo temporal, otra duda interpretativa que surge de la lectura del precepto es si sería compatible con el previo disfrute de las bonificaciones previstas en el artículo 38. Creemos que sí, pero sólo en el supuesto de que la trabajadora autónoma no hubiera optado por que el negocio hubiera sido gestionado por otra persona, por lo tanto, no cabría si contrató a un interino para que la sustituyera, ya que en este caso no concurriría el requisito exigido en el artículo 38 bis, de que con motivo del descanso hubiera cesado en su actividad. Si esta interpretación es correcta, la consecuencia es que la mayoría de los TRADE no tendrían acceso a esta bonificación, ya que, para evitar la extinción del contrato ex artículo 16.3 apartado tercero

⁴⁰ En el mismo sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma 2017 del Estatuto del Trabajador Autónomo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 417, 2017, pp. 172-173.

LETA, habrán contratado seguramente a un trabajador interino durante los períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción, guarda por adopción o acogimiento. La interpretación contraria defiende que el artículo 38 bis no establece ninguna exigencia adicional ni excluye expresamente a los autónomos que tengan contratado personal del beneficio de esta cotización, por lo que será de aplicación este beneficio, aun habiendo contratado a una sustituta.

El período de dos años ya no computa, como en la normativa anterior, desde el parto, sino desde la fecha del “cese en la actividad”, expresión más adecuada, ya que sólo existe parto en el caso de la maternidad biológica; por otro lado, el descanso por maternidad puede iniciarse con anterioridad al parto y el descanso por adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o tutela, si se ha distribuido con el otro progenitor no debe iniciarse necesariamente en la fecha de la resolución administrativa o judicial. El cese de la actividad, como indicábamos anteriormente coincide con el parón en la actividad de la autónoma por las causas enunciadas en el precepto. Sería más correcto, para evitar confusiones, tomar como fecha de inicio del plazo de dos años, la fecha de inicio del descanso.

Por último, la ley exige que la autónoma que se reincorpora, vuelva a realizar una actividad por cuenta propia, pero no es necesario que sea la misma que desarrollaba anteriormente.

5. EL SILENCIO DE LA LETA EN TORNO A LOS SOCIOS TRABAJADORES DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y LOS SOCIOS TRABAJADORES DE LAS SOCIEDADES LABORALES

A diferencia de los artículos 31 y 32 LETA, la ley guarda silencio en torno a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y los socios trabajadores de las sociedades laborales. Este silencio es llamativo, porque en la normativa anterior, algunas bonificaciones que hemos estudiado en este trabajo, se hacían extensivas a este colectivo. Cabría una interpretación conforme a la cual las disposiciones de la LETA serían aplicables también a los socios de trabajo de las cooperativas de trabajo asociado y a los socios de una sociedad laboral, sobre la base de considerar que dichos preceptos establecen normas generales sobre cotizaciones aplicables a los sujetos incluidos en el RETA. Sin embargo, el hecho de que en los artículos 31 y 32 se mencione de forma expresa a los emprendedores sociales nos hace pensar que es necesaria una normativa específica de extensión. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que el Capítulo II, titulado “Incentivos y medidas de fomento y promoción del Trabajo Autónomo” del título V se incluye dentro de la LETA en cuyo ámbito de aplicación no se encuentra el colectivo afectado, a diferencia de los autónomos societarios que sí se mencionan de forma expresa en el artículo 1.2.c) ¿Podría interpretarse que, pese a todo, están incluidas en las expresiones “trabajadores incluidos en el Régimen especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos” (art.30) o “trabajadores por cuenta propia o autónomos” (art.38)? Lo cierto es que, como ha recordado recientemente la SAN de 17 de noviembre de 2017⁴¹ los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado no tienen la condición de trabajadores por cuenta ajena, ni de trabajadores por cuenta propia, sino que su relación es societaria, como se desprende del artículo 80 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas. “ Así pues, es necesario una disposición legal que de forma expresa incluya a los emprendedores sociales⁴².

El silencio en el artículo 30 LETA podría estar justificado porque la LETA, que reconoce el derecho a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar no es aplicable a estos emprendedores sociales, quienes, fuera de los tradicionales supuestos de maternidad, paternidad, riesgos durante el embarazo y durante la lactancia natural, no tienen reconocido un derecho similar

⁴¹ Rec. 166/2017.

⁴² Hasta la fecha, la TGSS (Subdirección general de afiliación, cotización y gestión del sistema red, Área de Regímenes especiales), en el documento “Ley de Reformas urgentes del Trabajo Autónomo: preguntas frecuentes”, interpreta que sí se les aplica. Disponible en http://www.cgslanzarote.com/imagenes_subidas/noticias/45/noticia_1.pdf (última consulta 13 de julio de 2018).

en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, salvo que se disponga en las leyes autonómicas o en sus estatutos.

Respecto de las bonificaciones durante los descansos por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, resulta de aplicación el artículo 11 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, (a la que se remite la DA 4ª de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.), que continúa vinculando las bonificaciones a la sustitución de los socios “mediante los contratos de interinidad bonificados, celebrados con desempleados a que se refiere el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre” en cuyo caso, les será de aplicación: “b) Una bonificación del 100 por cien de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores autónomos”. La redacción de este precepto fue introducida por el artículo 3.4 de la Ley 31/2015 en términos semejantes al artículo 38, entonces vigente. Tras la reforma de este último precepto, en 2017, la regulación de la Ley de Economía Social difiere de la de los trabajadores por cuenta propia, lo que no parece razonable dentro de la tendencia a equiparar a los emprendedores sociales con los trabajadores por cuenta propia en materia de incentivos.

Con relación a las bonificaciones por reincorporación de las trabajadoras autónomas en determinados supuestos, es preciso recordar que la DA 65ª de la LPGE para 2006 extendía la bonificación a las socias de cooperativas de trabajo asociado incluidas en el RETA. Sin embargo, en el nuevo texto esta mención ha desaparecido. Creemos, sin embargo, que todo ello obedece a un olvido del legislador. Hasta el año 2015, salvo en el caso de la bonificación del artículo 30, la situación de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y de los socios de las sociedades laborales estaba equiparada a la de los trabajadores por cuenta propia. Ha sido la ley 6/2017 la que, seguramente, por una falta de visión integradora de los sujetos incluidos en el RETA, de forma no intencionada, ha establecido dicha diferenciación.

CAPÍTULO XXI. MEDIDAS PROTECTORAS DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA DURANTE LOS SUPUESTOS DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL. A PROPÓSITO DE LA LEY 6/2017, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMAS URGENTES DEL TRABAJO AUTÓNOMO

CARLOTA M^a RUIZ GONZÁLEZ

*Profesora Doctora sustituta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

I. LAS PRESTACIONES POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y DURANTE LA LACTANCIA EN EL ÁMBITO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO

Entre las prestaciones económicas que comprenden la acción protectora de la Seguridad Social se encuentran la de riesgo durante el embarazo¹ y durante la lactancia natural², las cuales se diferencian de otras prestaciones de carácter reparador como la incapacidad temporal, por presentar un finalidad preventiva, es decir, el mero aislamiento del trabajador de su puesto de trabajo corregirá la situación de necesidad alegada³.

Su legislación aplicable en el ámbito del trabajo autónomo se precisa en el art. 318. b) del TRLGSS⁴, el cual se remite en cuanto a disfrute y contenido de la prestación a lo establecido para los trabajadores por cuenta ajena en los capítulos VIII y IX del Título II de dicha norma, completado con las particularidades contenidas en el RD 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural⁵.

En cuanto a su ámbito protector, con carácter general, la primera de las prestaciones tiene por objeto sustituir la pérdida de ingresos durante el periodo de interrupción de la actividad profesional que viene desarrollando la trabajadora, en los supuestos en que el desempeño de la misma influya negativamente en su salud o en la del feto (art. 40 RD 295/2009)⁶. La segunda, tendrá también por objeto sustituir esa pérdida de ingresos durante el periodo de interrupción de la actividad laboral,

¹ Incluida como rama de la acción protectora de la Seguridad Social por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida familiar y Laboral (BOE núm. 266, de 6 de noviembre).

² Incluida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre (BOE núm. 71, de 23 de marzo), con el objetivo de mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral y para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar.

³ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.A.: «Prestaciones exclusivas por riesgos profesionales: Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia», en *El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional*, Navarra, Aranzadi, 2017, p. 1 (BIB 2017/43421).

⁴ BOE núm. 261, de 31 de octubre.

⁵ BOE núm. 69, de 21 de marzo

⁶ No se considerara, en cambio, situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado por la trabajadora embarazada (art. 31.2 RD 295/2009).

pero cuando el desempeño de la misma genere riesgos para la lactancia natural de hijos menores de nueve meses y no resulte objetivamente posible un cambio o no pueda razonablemente llevarse a cabo por motivos justificados (art. 49 RD 295/2009)⁷. Veamos a continuación, aunque de forma somera, antes de proceder a comentar el régimen de bonificaciones y subvenciones las características más relevantes sobre el régimen de disfrute de ambas prestaciones en el ámbito del trabajador autónomo.

1. REQUISITOS LEGALES

Para poder disfrutar de las anteriores prestaciones de la Seguridad Social, el trabajador autónomo deberá de cumplir con ciertos requisitos legales establecidos en el art. 41 del RD 295/2009. Así, será imprescindible:

- En primer lugar, estar afiliadas y en alta en alguno de los regímenes de la Seguridad Social en la fecha en que se produzca dicha interrupción.
- En segundo lugar, que se haya interrumpido totalmente la actividad profesional. De ahí que se exija que la beneficiaria justifique mediante una declaración de actividad que ha sido sustituida por otra persona en la gestión de su establecimiento o, en su caso, que haya cerrado temporalmente el mismo, durante el tiempo en que concurra esta situación de riesgo. El incumplimiento de esta exigencia condicionará la resolución del reconocimiento del derecho a la prestación económica, y
- En tercer lugar, estar al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, de las que sean responsables directas las trabajadoras y,

A tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cualquiera que sea el régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta.

Asimismo, cuando al interesado se le haya considerado al corriente en el pago de las cotizaciones a efectos del reconocimiento de una prestación, en virtud de un aplazamiento en el pago de las cuotas adeudadas, pero posteriormente incumpla los plazos o condiciones de dicho aplazamiento, perderá la consideración de hallarse al corriente en el pago y, en consecuencia, se procederá a la suspensión inmediata de la prestación reconocida que estuviere percibiendo, la cual solamente podrá ser rehabilitada una vez que haya saldado la deuda con la Seguridad Social en su totalidad. A tal fin, la Entidad Gestora de la prestación podrá detraer de cada mensualidad devengada por el interesado la correspondiente cuota adeudada.

2. CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS

La prestaciones económicas por riesgo durante el embarazo y lactancia natural consistirán en un subsidio de cuantía equivalente al 100 % de la base reguladora (arts. 42 y 50 RD 295/2009, y 186 y 189 TRLGSS).

A estos efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se emita el certificado por los servicios médicos de la entidad gestora o colabora correspondiente, o, en su caso, la equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes cuando el régimen de que se trate no contemple la cobertura de las contingencias profesionales y cuando no se hubiese mejorado voluntariamente el

⁷ Al respecto establece la STS de 23 de enero de 2012 (RJ 2012/2147) que lo que se pretende tutelar con la prestación de riesgo durante la lactancia es esencialmente la salud del hijo, y eventualmente la de la madre en la medida en que sea transmisora, mediante el alimento natural, de enfermedades o patologías que además de incidir en su salud, afecten a la del hijo.

ámbito de la acción protectora, incorporando la protección de esta situación o la de las contingencias profesionales (art. 42 RD 295/2009)⁸.

En consecuencia, debe seguirse a la hora de calcular la prestación económica por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, las normas de la incapacidad temporal que tengan su origen en una contingencia profesional, salvo el porcentaje aplicable que será del 100 %, en lugar del 75 %⁹.

3. NACIMIENTO, DURACIÓN Y EXTINCIÓN

El derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo nace el día siguiente a aquél en que se emite el certificado médico por los servicios médicos de la entidad gestora o colaboradora competente, si bien los efectos económicos se producirán, en cualquier caso, desde la fecha del cese efectivo en la actividad profesional correspondiente (art. 43.1 RD 295/2009).

En cuanto al subsidio por riesgo durante la lactancia, no podrá iniciarse en tanto no se haya extinguido el periodo de descanso por maternidad (art. 50 TD 295/2009).

En cuanto a su duración, los subsidios se abonará durante el período necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora y/o la del feto, mientras persista la imposibilidad de reanudar su actividad profesional (art. 43.2 RD 295/2009), y en el caso de riesgo durante la lactancia, se abonará durante el periodo necesario para la protección de la salud de la trabajadora y/o del hijo y finalizará en el momento en que el hijo cumpla 9 meses, salvo que la trabajadora se haya incorporado con anterioridad a su puesto de trabajo, o actividad profesional anterior, o a otro/otra compatible con su situación (art. 50.3 RD 295/2009).

Por último, y en cuanto a la posibilidad de extinción ambos subsidios podrán extinguirse por las siguientes causas comunes: reanudación de la actividad profesional desempeñada por la mujer trabajadora, causar baja en el régimen especial de la Seguridad Social en que la trabajadora estuviera incluida, fallecimiento de la beneficiaria. Además, particularmente la de riesgo durante el embarazo podrá extinguirse por el inicio del periodo de descanso por maternidad o la interrupción del embarazo; y en cuando a la prestación por riesgo durante la lactancia la extinción podrá venir motivada particularmente por el cumplimiento del hijo de la edad de nueve meses o la interrupción de la lactancia natural (arts. 43 y 50 RD 295/2009).

4. GESTIÓN Y PAGO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA

La gestión y el pago de la prestación económica se llevará a cabo por la entidad gestora o la mutua colaboradora con la Seguridad Social con la que la trabajadora por cuenta propia tuviera formalizada la cobertura de las contingencias profesionales, tanto si es obligatoria como voluntaria.

Cuando la trabajadora no haya formalizado la cobertura de los riesgos profesionales, pero tenga cubierta la protección por IT derivada de contingencias comunes, será competente la Entidad gestora o colaboradora que cubra dicha situación.

En los supuestos de trabajadoras incluidas en el RETA que no tuvieran cubierta la protección por IT derivada de contingencias comunes, cuando tal protección sea opcional, y de trabajadoras

⁸ En la redacción anterior a la LO 3/2007, la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y consecuentemente, riesgo durante la lactancia se concedía a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en la LGSS para la prestación económica por incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Esta medida consideran Cavas Martínez y Rodríguez Iniesta, no supone un excesivo incremento de las cuantías económicas destinadas a financiar esta prestación, precisamente, por las escasas oportunidades en que se debe aplicar, vistos los pasos que deben superar para ello. CAVAS MARTÍNEZ, F., RODRÍGUEZ INIESTA, G. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Riesgo durante el embarazo del trabajador autónomo», en *Tratado del Trabajo Autónomo*, Aranzadi, 2009, p. 3 (BIB 2009/7367) y «Riesgo durante la lactancia natural del trabajador autónomo», en *Tratado del Trabajo Autónomo*, Aranzadi, 2009, p. 1 (BIB 2009/7368).

⁹ No parecía coherente, que en la normativa anterior a la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre, se siguieran las reglas establecidas para la incapacidad temporal por contingencias comunes, cuando se entiende se trata de una contingencia con un origen claramente profesional. Así lo comentaba FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Las prestaciones de Seguridad Social: teoría y práctica», MTyASS (Colección Seguridad Social), núm. 28, 2004, pg. 182.

incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, la gestión de la prestación corresponderá a la Entidad gestora.

El pago corresponderá a la entidad que resulte competente en la fecha de inicio de efectos económicos de la prestación, con independencia de que durante la situación de riesgo se produzca un cambio de la entidad que cubra las contingencias comunes o profesionales, según los casos, y se abonará por períodos mensuales vencidos (arts. 46 y 51 RD 295/2009).

5. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

El procedimiento para el reconocimiento del derecho se regula en el art. 47 del Decreto 295/2009, donde se establece que el mismo deberá iniciarse a instancia de la trabajadora, mediante un informe que deberá solicitar al facultativo del Servicio Público de Salud, en el que se acredite la situación de embarazo y la fecha probable del parto.

Posteriormente, la trabajadora solicitará la emisión de la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo ante la Entidad gestora o colaboradora que corresponda, aportando:

- a) El informe del Servicio Público de Salud.
- b) Declaración de la trabajadora sobre la actividad desarrollada, así como sobre la inexistencia de un trabajo o función en tal actividad compatible con su estado que pueda ser llevada a cabo por la misma, en su condición de trabajadora por cuenta propia¹⁰.

Si la Entidad gestora o colaboradora considera que no se produce la situación de riesgo durante el embarazo, denegará la expedición de la certificación médica solicitada, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación.

Una vez certificado el riesgo, para el reconocimiento del subsidio, la trabajadora deberá presentar solicitud dirigida a la Dirección provincial competente de la Entidad gestora de la provincia en que aquélla tenga su domicilio o ante Mutua Colaboradora con la Seguridad Social que le corresponda.

La solicitud se formulará en los modelos normalizados¹¹ y deberá contener los datos y circunstancias que establece el art. 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acompañada de los documentos necesarios.

El Director provincial de la Entidad gestora competente dictará resolución expresa y la notificará a la interesada en el plazo de 30 días, contados desde la recepción de la solicitud de la interesada, en los mismos términos que para los trabajadores por cuenta ajena.

II. BONIFICACIONES A LAS CUOTAS A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN SUPUESTOS DE RIESGO POR EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL

Varios años después de la promulgación de la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo (BOE núm. 166, de 12 de julio), el legislador en el interés de fomentar y facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral en este ámbito, procedió a instaurar la bonificación de cuotas a la Seguridad Social para este colectivo en periodo de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por

¹⁰ Añade el Decreto, que si se trata de una autónoma que presta sus servicios en sociedades cooperativas, laborales o mercantiles, dicha declaración será realizada por el administrador de la sociedad. Si se trata de una trabajadora autónoma económicamente dependiente, la declaración deberá efectuarla su cliente.

¹¹ Puede accederse a todos los modelos normalizados necesarios para obtener la prestación en: http://www.seg-social.es/Internet_1/Pensionistas/Servicios/Solicitudesdepresta34887/Pensionesotrasprest40968/Maternidad/index.htm

paternidad, que pasaría a incorporarse en el art. 38 de la dicha Ley, de conformidad con lo establecido en el art. 1.8 de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, que venía a modificar y actualizar la normativa en materia de autoempleo y a adoptar medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social.

Esta inclusión tenía una clara motivación, y así se expresaba en la exposición de motivos de la norma, afirmando tras mencionar los datos porcentuales en los cuales se situaba España tras la crisis económica iniciada en el periodo de 2008, que la población autónoma española presentaba un *“importante peso específico en el mercado de trabajo”*, lo que convertía en necesario modernizar las políticas laborales vigentes en relación a éste colectivo, en el ánimo de introducir nuevos incentivos y bonificaciones en la cotización al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, así como mejorar algunas de las ya existentes. En el ámbito objeto de este estudio (prestación por riesgo durante el embarazo y lactancia natural), la novedad venía de la mano de la inclusión del siguiente artículo, cuya redacción sería la siguiente.

Artículo 38. Bonificación de cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos en periodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad.

“1. A la cotización de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sustituidos durante los periodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, mediante los contratos de interinidad bonificados, celebrados con desempleados a que se refiere el Real Decreto-Ley 11/ 1998, de 4 de septiembre (RCL 1998, 2242) , les será de aplicación una bonificación del 100 por cien de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en el régimen especial de Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad por cuenta propia.

2. Solo será de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto y, en todo caso, con el límite máximo del periodo de suspensión”.

No obstante, y como a continuación se desarrollará, el avance de la sociedad y sistema normativo español ha venido a mostrar la necesidad de incorporar ciertas modificaciones a dicho texto originario, todo ello, en el mismo animo anterior de ofrecer medidas acordes con las requerimientos actuales de la población autónoma, en cuanto al ejercicio de su derecho a conciliar la vida personal y profesional. Siendo, por tanto, modificado dicho artículo, por la Ley de Reforma Urgente del Trabajo Autónomo que seguidamente se analizará.

III. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE REFORMA URGENTE DEL TRABAJO AUTÓNOMO

La Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, publicada en el BOE núm. 257, de 25 de octubre¹², es fruto de una iniciativa parlamentaria presentada a finales de 2016 por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. En su programa electoral, este partido ya reclamaba la necesidad de protección de los trabajadores proponiendo una serie de medidas. Tales medidas se incorporaron en un documento titulado *“150 compromisos para mejorar España”*¹³.

En este documento se insistía en el importante papel de los trabajadores autónomos, que son una parte fundamental de nuestra economía, y se proponían dos medidas esenciales al respecto: de un lado, la creación de una Subcomisión en el Congreso de los Diputados que estudiara una reforma

¹² Un análisis comparado de las reformas introducidas en los diferentes textos legales por la Ley 6/2017, puede verse en ALONSO ARANA, M.: «Novedades en el trabajo autónomo. Análisis normativo de la Ley 6/2017, de 24 de octubre», Aranzadi Digital, núm. 1, 2017.

¹³ Constituyo el pacto de investidura suscrito entre el Partido Popular y Ciudadanos. Puede consultarse en: http://esticos.elmundo.es/documentos/2016/08/28/pacto_150medidas.pdf

del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA)¹⁴; y, de otro, la aprobación de una Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo¹⁵. Este segundo compromiso es el que ha dado lugar a la Ley comentada.

El trabajo autónomo, como la propia exposición de motivos de la Ley refiere, *“tiene en España un destacado protagonismo al servicio de la generación de riqueza y de la actividad productiva y posee un importante peso específico en el mercado de trabajo, y si bien durante los años de crisis experimentó un significativo descenso, ha demostrado una importante capacidad de recuperación y un enorme potencial en cuanto a generación de empleo”*, es por ello que los poderes públicos pretenden continuar esta senda de crecimiento reformando de nuevo ciertos aspectos de su regulación.

En este objetivo, siguiendo la tendencia reiterada en las reformas normativas sobre la materia de los últimos años, la Ley 6/2017 vuelve sobre la cuestión de los incentivos al autoempleo, a través de reducciones o bonificaciones de las cuotas a la Seguridad Social. Es ésta, en efecto, una temática sobre la que el legislador se ha prodigado en sucesivas reformas normativas recientes, siempre en la línea de incrementar los supuestos y/o los requisitos de disfrute (RDL 1/2015, de 27 de febrero; Ley 25/2015, de 28 de julio; Ley 31/2015, de 9 de septiembre...). La utilización de la esta técnica, tanto en relación con el trabajo autónomo, como con carácter general, está produciendo efectos negativos sobre el equilibrio financiero de la Seguridad Social, siendo consciente de ello la Ley. De ahí las previsiones establecidas en su Disposición Adicional 3ª que abre un proceso, de una duración máxima de cuatro años, para que se produzca la *“conversión en bonificaciones de las reducciones de cuotas de la Seguridad Social”*, con la finalidad de que los incentivos sean atendidos *“a cargo del presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal”* y no por el de la Seguridad Social.

Por lo que se refiere a las medidas de fomento de la vida profesional y laboral de los trabajadores autónomos, las hay de diferente naturaleza. La mayor parte se mueven en la línea de incrementar los derechos que los autónomos tienen reconocidos en este terreno; otras sin embargo se relacionan con las reglas en materia de contratación de familiares trabajadores por cuenta ajena.

En lo referido a las que aquí interesan, se modifica el art. 38 de la Ley 20/2017, que prevé ayudas para los trabajadores autónomos *“en periodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad”*¹⁶. Aunque parece invariable que la bonificación alcanza el 100 %, varía la base que se toma como referencia para aplicar este porcentaje. Si antes era la *“base mínima”*, ahora es la *“base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja esta medida”*.

Además, y sobre todo, desaparece la conexión existente entre el periodo la bonificación y la contratación del trabajador interino para sustituir la aportación del autónomo a la explotación. Si el anterior art. 38.2 de la Ley 20/2007 establecía que únicamente sería *“de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto y, en todo caso, con el límite máximo del periodo de suspensión”* esta regla ha desaparecido. En su lugar, se afirma que ambas bonificaciones son compatibles.

Se establece, adicionalmente, una nueva bonificación para las *“trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos”* que se ubica en nuevo art. 38 bis LETA. El precepto piensa en el regreso de la mujer al trabajo autónomo, cuando lo abandonó por causas de maternidad, adopción o guarda con fines de adopción. Para estos casos, siempre que hayan transcurrido dos años

¹⁴ La Subcomisión, se integra en el seno de la Comisión de Empleo y Seguridad Social. Se puso en marcha a iniciativa de los grupos Ciudadanos y Mixtos (BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, 23 de diciembre de 2016), por acuerdo del pleno del Congreso de 2 de febrero de 2017 (BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, 9 de febrero de 2017). Pueden consultarse composición y documentos referidos a la misma en: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73_2148295_73_1335437_1335437_next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&QUERY=%28154%2F000007*.NDOC.%29

¹⁵ Un comentario más extenso puede consultarse en GOERLICH PESET, J. Mª y GARCÍA ORTEGA, J.: «La reforma del Régimen de Autónomos en la Ley 6/2017», Información Laboral, núm. 12, 2017, p. 1 (BIB 2018/5496).

¹⁶ Las modificaciones se llevan a cabo por los arts. 6 y 7 de la Ley 6/2017.

entre el cese y el regreso, se prevé una “tarifa plana” idéntica a la existente con carácter general. La obligación de cotizar se limita a 50 euros mensuales –o al 80 % de la cuota aplicable si se elige base superior a la mínima– durante un periodo de doce meses. A diferencia, pues, de lo que ocurre con la tarifa plana general, entre el abandono y el reingreso sólo deben haber transcurrido dos años. A cambio, sin embargo, no resultan de aplicación las prolongaciones de las reducciones hasta 24 y 36 meses que se prevén en la regla general. Esto es lo llamativo y podría empujar a las trabajadoras a aguardar un año para la reanudación de la actividad.

De este modo, la redacción del art. 38 de la Ley 20/2007 queda actualmente del siguiente modo:

Artículo 38. Bonificación de cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos durante el descanso por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

“A la cotización de los trabajadores por cuenta propia o autónomos incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o como trabajadores por cuenta propia en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, durante los períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, siempre que este periodo tenga una duración de al menos un mes, le será de aplicación una bonificación del 100 por cien de la cuota de autónomos, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida, el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en el régimen especial de Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad por cuenta propia.

En el caso de que el trabajador lleve menos de 12 meses de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o como trabajador por cuenta propia incluido en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.

Esta bonificación será compatible con la establecida en el Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre”

Artículo 38 bis. Bonificaciones a las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos.

“Las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o como trabajadoras por cuenta propia en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, que, habiendo cesado su actividad por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela, en los términos legalmente establecidos, vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes a la fecha del cese, tendrán derecho a una bonificación en virtud de la cual su cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, quedará fijada en la cuantía de 50 euros mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de su reincorporación al trabajo, siempre que opten por cotizar por la base mínima establecida con carácter general en el régimen especial que corresponda por razón de la actividad por cuenta propia.

Aquellas trabajadoras por cuenta propia o autónomas que, cumpliendo con los requisitos anteriores, optasen por una base de cotización superior a la mínima indicada en el párrafo anterior, podrán aplicarse durante el periodo antes indicado una bonificación del 80 por ciento sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar la resultante de aplicar a la base mínima de cotización establecida con carácter general en el correspondiente régimen especial el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal.”

IV. MEDIDAS ADOPTADAS EN EXTREMADURA PARA FOMENTAR LA CONCILIACIÓN FAMILIAR, PERSONAL Y LABORAL DEL TRABAJADOR/A AUTÓNOMO

En el territorio de la CC.AA. de Extremadura, donde los trabajadores autónomos representan un 21,2 % de la población, también han sido variadas las disposiciones del Gobierno regional para incentivar entre este colectivo la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

Desde un punto de vista numérico, la población emprendedora, por género, en Extremadura en el año 2016 era muy pareja entre ambos géneros, aunque la participación femenina ya se venía situando ligeramente por encima de la participación masculina. De modo que de cada cien personas que habían creado una empresa que no superaba los 42 meses de actividad, el 50,9 % eran mujeres y el 49,1 % hombres¹⁷.

Atendiendo a los empresarios consolidados, los hombres presentaban un peso mayoritario (71,4 %), y en el caso de los emprendedores potenciales la participación también se inclinaba por el lado masculino, aunque no con tanta diferencia, ya que el 54,7 % de este colectivo eran hombres y el 45,3 % eran mujeres. Finalmente, y en cuanto a la tasa de abandonos, la proporción predominante correspondía al género femenino, resultando que un 71,4 % de los abandonos corresponde a mujeres y un 28,6 % a hombres.

Es precisamente por esa alta tasa de abandono, que dentro de las medidas contenidas en el Plan de Empleo Autónomo de Extremadura 2016-2019¹⁸ se encuentran aquellas destinadas a favorecer el mantenimiento y estabilidad de dicho empleo desde el punto de vista de la conciliación laboral y familiar.

Su regulación normativa se lleva a cabo mediante el Decreto 69/2017, de 23 de mayo, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral (DOE núm. 101, de 29 de mayo). Esta norma tiene por objeto establecer, entre otras, subvenciones dirigidas a promover la efectividad de los derechos de conciliación de la vida laboral de las personas trabajadoras con su vida familiar y personal, dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, específicamente a través de la concesión de subvenciones destinadas a facilitar el mantenimiento de la actividad de las personas trabajadoras autónomas en los supuestos de riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente o riesgo durante la lactancia natural. Veamos a continuación sus principales características.

1. OBJETO Y REQUISITOS PARA SER BENEFICIARIO DE LA SUBVENCIÓN

En concreto establece el art. 16 del citado Decreto que la subvención se concederá a las personas trabajadoras autónomas que por motivos riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente o riesgo durante la lactancia natural, contraten a personas desempleadas que las sustituyan para poder disfrutar de los correspondientes periodos de descanso.

Las personas beneficiarias deberán, necesariamente, ejercer su actividad económica en el ámbito territorial de la CC.AA. de Extremadura¹⁹ y su actividad deberá desarrollarse de forma individualizada, sin dependencia a empresas constituidas mediante fórmulas jurídicas de sociedades mercantiles, o sociedades cooperativas o laborales que adopten la forma de comunidades de bienes o

¹⁷ Datos obtenidos del Informe GEM Extremadura 2016. Ediciones La Coria. Colección de Estudios Económico de Extremadura (junio 2017). Puede consultarse en <http://www.gem-spain.com/equipo-gem-extremadura>.

¹⁸ Puede consultarse en: http://www.juntaex.es/filescms/comunicacion/uploaded_files/2016/Presidencia_de_la_Junta/05_Mayo/PLAN_EMPL_EO_AUTONOMO_2016-19.pdf

¹⁹ Al respecto establece expresamente el art. 5.1.c) Decreto 69/2017, que será necesario *“que el puesto de trabajo por el que se solicita la subvención radique en la Comunidad Autónoma de Extremadura y esté en situación de alta en un código de cuenta de cotización a la Seguridad Social que corresponda a las provincias de Cáceres y Badajoz”*.

sociedades civiles. También podrán verse beneficiadas las personas trabajadoras autónomas económicamente dependiente (Capítulo III del Título II de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo) (art. 5.1.b) y 17.1 Decreto 69/2017).

Asimismo, se exige estar dadas de alta en el RETA o en la correspondiente mutualidad del colegio profesional, en la fecha de presentación de la solicitud (art. 17.2 Decreto 69/2017); No estar incurso en alguna de las circunstancias establecidas por la Ley 6/2011, de 23 de marzo de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura (art. 5 Decreto 69/2017 y 12.2 y 3 de la Ley 6/2011); y, hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y tributarias con el Estado, la Seguridad Social y con la Hacienda de la Comunidad Autónoma, con carácter previo a la emisión de la propuesta de resolución de concesión de la ayuda, así como en el momento en que se vaya a proceder al pago de la ayuda concedida (art. 5.1.d) Decreto 69/2017).

2. REQUISITOS DE LOS CONTRATOS A FORMALIZAR

En cuanto a los requisitos que deben cumplir los contratos que se formalicen con personas desempleadas para sustituir a los autónomos durante los periodos de descanso de los que disfrute durante las diferentes situaciones contempladas por la norma (riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente, o riesgo durante la lactancia natural), la norma establece²⁰:

- a) Deberán de formalizarse por escrito y comunicarse al Servicio Extremeño Público de Empleo.
- b) Las personas contratadas no deberán haber prestado servicios en la misma empresa en los dos meses anteriores al inicio de la contratación subvencionada y deberán desarrollar su trabajo en centros radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- c) La finalidad de los contratos deberá ser el sustituir en su actividad a las personas trabajadoras autónomas durante los periodos de descanso correspondiente a las situaciones de riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente, y riesgo durante la lactancia natural.
- d) Las personas cuyo contrato sea objeto de solicitud de subvención deberán estar en situación de desempleo, entendiéndose como tal carecer de ocupación laboral a la fecha de alta en la Seguridad Social por el citado contrato. No obstante, la norma prevé que si se solicita la subvención por más de una de las situaciones anteriores, siempre que exista continuidad entre las mismas, no será necesario cumplir el requisito de estar desempleado cuando se continúe con la misma persona trabajadora para las segundas y sucesivas situaciones. Asimismo, no se exigirá el requisito de estar desempleada en la situación de maternidad cuando la persona desempleada haya sido contratada para cubrir una situación de incapacidad temporal previa a la maternidad, acreditando dicha circunstancia mediante la correspondiente documentación oficial o cuando la persona desempleada haya sido contratada en los dos meses anteriores a la fecha de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento a fin de adquirir experiencia.

3. PLAZO DE SOLICITUD

Establece el art. 19 del Decreto 69/2017, que el plazo de presentación de solicitudes de las subvenciones será de un mes a contar desde el día siguiente a la fecha de inicio de contratación. Cuando la persona haya sido contratada para cubrir una situación de incapacidad temporal previa a la maternidad o en los meses anteriores a la fecha de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, a fin de adquirir experiencia, el plazo de presentación de solicitudes será de un mes a contar desde el día siguiente al inicio de la correspondiente situación.

²⁰ Art. 18 del Decreto 69/2017, de 23 de mayo.

Cuando se solicitase por más de una de las situaciones previstas en el art. 16 del presente Decreto, siempre que exista continuidad entre las mismas, el plazo de presentación de solicitudes para la segunda y situaciones sucesivas será de un mes a contar desde el día siguiente al inicio de cada nueva situación.

4. DURACIÓN, CUANTÍA Y PAGO DE LA SUBVENCIÓN

La subvención se extenderá, como máximo, durante el periodo de duración que tenga establecido la correspondiente situación protegida citada en el párrafo anterior, de acuerdo con la normativa laboral y de Seguridad Social vigente, salvo que la persona beneficiaria se reincorpore a la actividad empresarial o profesional, en cuyo caso se extenderá al periodo en que haya estado suspendida dicha actividad (art. 20.2 Decreto 69/2017).

Asimismo la subvención podrá extenderse hasta dos meses anteriores a la fecha de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, cuando la persona desempleada haya sido contratada para cubrir una situación de incapacidad temporal previa a la maternidad, acreditando dicha circunstancia mediante la correspondiente documentación oficial o haya sido contratada con el fin de adquirir una experiencia previa en el trabajo a desempeñar que le permita sustituir posteriormente a la persona trabajadora autónoma.

En cuanto a la cuantía de la subvención destinada a la contratación será el equivalente al coste salarial y de Seguridad Social derivado de la contratación efectuada con el límite de 1.000 euros al mes (art. 21.1 Decreto 69/2017).

No obstante, el importe de la subvención podrá modularse en función de la duración de la jornada de trabajo y de los días de trabajo efectivos que vaya a desarrollar la persona contratada para sustituir a la trabajadora autónoma. A efectos de lo anterior, los meses se computaran a 30 días naturales.

Por otro lado, establece el art. 22 del Decreto que una vez notificada la resolución de la concesión, el pago de la subvención concedida se hará efectivo de la siguiente manera: Se abonará el 50 % del importe de la subvención concedida en el momento de la concesión, y el 50 % restante se abonará una vez justificado todo el periodo subvencionable, previa presentación por la entidad beneficiaria, en el plazo de un mes, de la documentación que cita el apartado 1 del mencionado artículo.

Por último, y en otro orden de cosas, establece la norma la obligación a las personas beneficiarias de mantener el contrato de trabajo en vigor en tanto permanezca en situación que determine la suspensión de su actividad empresarial o profesional (art. 23).

5. BAJAS Y SUSTITUCIONES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS DURANTE EL PERIODO DE CONTRATACIÓN

Finalmente el Decreto contempla aquellos casos de bajas y sustituciones de las personas trabajadoras durante el periodo de contratación. Para estos casos se prevé que en el caso de que se produzca cualquier tipo de incidencia que suponga la extinción de la relación laboral, la persona trabajadora autónoma podrá sustituir, en el plazo de quince días hábiles, a la persona contratada que cesa. Debiéndose de comunicar las bajas y sustituciones al Servicio Extremeño Público de Empleo en los 15 días hábiles siguientes a que se produzca la sustitución del trabajador o la finalización del plazo en el que debiera haberse producido (art. 24).

6. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD DE LA SUBVENCIÓN

En línea con otros programas de ayudas establecidos por el Gobierno extremeño como incentivo de la contratación, el art. 11 contempla un régimen de compatibilidad e incompatibilidad. Concretamente, se prevé en la norma que estas ayudas son incompatibles con cualesquiera otra ayuda o subvención pública que se conceda para la misma finalidad, salvo con las bonificaciones o

reducciones de cuotas a la Seguridad Social reguladas por las leyes estatales, que se establezcan como medidas de fomento de empleo. Junto dicho régimen de incompatibilidad y compatibilidad se establece un límite cuantitativo para dichas ayudas, y es que el importe de la misma en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones o ayudas otorgadas por otras Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internaciones, superen el coste de la actividad subvencionada.

CAPÍTULO XXII. DERECHOS DE LOS PROGENITORES DE PREMATUROS O NEONATOS HOSPITALIZADOS TRAS EL PARTO: ¿SE FACILITA CONCILIAR CON GARANTÍAS LA NUEVA REALIDAD VITAL Y FAMILIAR CON EL TRABAJO?

FERNANDO DE VICENTE PACHÉS
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Jaume I*

I. LOS DERECHOS LABORALES DE LOS PROGENITORES DE NEONATOS PREMATUROS U HOSPITALIZADOS Y LAS POSIBILIDADES DE COMPATIBILIZAR LA NUEVA REALIDAD PERSONAL Y FAMILIAR CON LA LABORAL

1. INTRODUCCIÓN

Los trabajadores progenitores –mantengan una relación laboral o funcional- ante el nacimiento de hijos que requieran de hospitalización a continuación del parto tienen garantizados una serie de derechos, siempre que se cumplan determinados requisitos establecidos legalmente. Unos derechos se pueden ejercitar tanto antes del parto como después del mismo. Podemos enunciar que los progenitores de neonatos prematuros u hospitalizados, como padres y madres trabajadores pueden ejercitar –de conformidad con la normativa laboral y de seguridad social establecida- el conjunto de toda una serie de derechos:

- 1º. A un permiso para exámenes prenatales y preparación del parto.
- 2º. A un permiso, con carácter general, por el nacimiento de un hijo.
- 3º. A un permiso para la lactancia del hijo.
- 4º. A un permiso –específico- por parto prematuro o a un permiso porque el neonato requiere hospitalización tras el parto.
- 5º. A la posibilidad de reducción de su jornada de trabajo.
- 6º. A la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad, paternidad y por riesgo durante el embarazo y lactancia.
- 7º. A interrumpir la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de un hijo prematuro, esto es, a la posibilidad de interrumpir el periodo de baja por maternidad, incorporarse al trabajo –mientras el hijo es atendido por el sistema nacional de salud- y reiniciar la suspensión a partir del momento en que el neonato recibe el alta hospitalaria.
- 8º. A una ampliación del período de suspensión del contrato por maternidad en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado -siempre que la hospitalización sea a continuación del parto y por un período superior a siete días- con un máximo de trece

semanas adicionales (medida que introdujo la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –en lo sucesivo, LOI-)¹.

De todos estos derechos expuestos, nos centraremos, lógicamente, en el tratamiento de aquellos derechos que –de manera más específica- tienen propiamente reconocidos los progenitores en los supuestos de nacimiento de un hijo prematuro o que a continuación del parto requiere de hospitalización (permiso retribuido, reducción de jornada, interrupción del permiso de maternidad hasta alta hospitalaria del menor y ampliación del permiso de maternidad) y, fundamentalmente, si el reconocimiento por parte de la actual normativa laboral y de seguridad social española, facilita y garantiza realmente a los progenitores -en su condición de trabajadores- la posibilidad de compatibilizar con el trabajo de éstos la nueva realidad vivencial (personal) y familiar generada por la hospitalización de ese hijo recién nacido.

En definitiva, el objetivo de esta comunicación es hacer una valoración reflexiva y crítica de si el supuesto específico de nacimiento de hijos de forma prematura o de necesaria hospitalización se ha venido protegiendo de manera especial por parte de la normativa, esto es, si está normativa favorece o facilita verdaderamente a los progenitores el poder brindarles a sus hijos los cuidados especiales que precisan durante el tiempo que tengan que permanecer hospitalizados y si las medias contempladas por la norma permiten una auténtica conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

2. LA REALIDAD DE TRAER AL MUNDO UN RECIÉN NACIDO PREMATURO O QUE REQUIERE DE HOSPITALIZACIÓN

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), cada año nacen en el mundo 15 millones de bebés antes de tiempo, de los que, según el Instituto Nacional de Estadística (INE), 28.000 nacen en España. Los neonatos prematuros tienen un mayor riesgo de desarrollar problemas de salud que aquellos que nacen a término, ya que, a causa de haber nacido antes de tiempo, carecen de un desarrollo completo de sus órganos y sistemas, lo que los hace más vulnerables a los virus, principalmente a los que causan las infecciones respiratorias agudas (IRA), como la neumonía o la bronquiolitis. Actualmente, las cifras de ingreso hospitalario en nuestro país alcanzan el 13 % y en la Unidad de Cuidados Intensivos llegan a ingresar un 20 % de niños prematuros de entre 33-35 semanas de edad gestacional².

Las causas de la prematuridad siguen siendo diversas y en muchos de los casos se desconoce con exactitud por qué se originan los partos prematuros o la necesidad de hospitalización del recién nacido después del parto. En otras ocasiones, se piensa que están relacionados con la incorporación de la mujer al trabajo y, en general, a todos los múltiples factores de riesgo que implica nuestra sociedad postindustrial. Pero no sólo se aducen factores socioeconómicos, sino también la edad de la madre (precoz o tardía), los nacimientos múltiples³, la conflictividad familiar, las presiones laborales o sociales, el ritmo de vida acelerado y frenético, la imposibilidad de conciliar vida familiar con el trabajo, el continuo estrés en el entorno sociolaboral...

El nacimiento de un bebé prematuro o que requiera hospitalización supone un auténtico shock emocional para sus progenitores. Los padres sufren una auténtica crisis, se enfrentan a un hecho sobre el que no están nunca preparados, es un momento duro al que se enfrentan cuando están esperando un acontecimiento deseado y feliz. Se encuentran, de entrada, impactados, en una situación de angustia, expectantes, sin atreverse a admitir lo que les ha pasado, con sentimientos de culpabilidad sobre lo ocurrido. Sin lugar a dudas cuando el parto acontece mucho antes de lo

¹ VICENTE PACHÉS, F. de “Los derechos laborales de los padres con hijos prematuros”, en VV.AA.: *Grandes Prematuros*, AGUILERA OLMOS, R. y TOSCA SEGURA, R. (Ed.), Castellón, Universidad Jaume I, 2009, pp 311-354.

² Sobre el significado de prematuridad de un hijo, <http://www.aprem-e.org/preguntas-frecuentes/>

³ La realidad actual es que los partos múltiples, tanto gemelares como e incluso de trillizos...-que se producen en muchas ocasiones por la aplicación de las diversas técnicas reproductivas- van en considerable aumento y motivan el incremento, a su vez, de la prematuridad de los bebés.

previsto los padres viven una situación emocional traumática y queda alterado el proceso normal de encuentro con el hijo. Se rompe el momento mágico del primer contacto cuerpo a cuerpo, dado que el bebé es separado de sus progenitores e introducido de inmediato en una incubadora. El padre y la madre viven un sentimiento de pérdida y suelen manifestar gran tristeza. Para ambos, desde el primer momento, el lugar de la alegría y la emoción del nacimiento de su hijo o hija, lo ocupan la incógnita del estado de salud del bebé y la preocupación por su diagnóstico y pronóstico vital de su hijo.

Por otro lado, el primer contacto con una unidad UCI-neonatal puede causar cierta impresión a los progenitores y familiares debido al aparataje e instrumental y al ambiente médico tan pendiente sobre un ser de aspecto frágil, diminuto de tamaño (en el caso de prematuros), intubado, con respirador y repleto de catéteres, en determinados casos. Todo ello provoca una lógica inquietud en el padre y madre. Lo más difícil de soportar es tener que relacionarse con el hijo a través de una incubadora y la impotencia que sienten al imaginarse que puede estar sufriendo tanto física como psíquicamente.

El problema del nacido prematuramente no es únicamente de inmadurez de los pulmones sino de la inmadurez en general de todos sus órganos. El problema básico de la prematuridad es la “inmadurez”, la falta de preparación de los órganos y sistemas del recién nacido para asumir de forma autónoma las funciones básicas (respiración, control de temperatura, equilibrio metabólico, digestión...). Es inmaduro su sistema nervioso central, lo que causa riesgos de hemorragias intracraneales con secuelas muy graves. También puede estar inmaduro su sistema nutritivo, existiendo la posibilidad de que no pueda asimilar la leche adecuadamente y haya que alimentar a estos bebés por vía intravenosa. Es inmaduro su sistema metabólico, igual que el cerebro, por lo que es fácil que se produzcan secuelas y lesiones irreversibles.

Otro aspecto que entraña serios peligros es la inmadurez de su sistema inmunológico. Si el de un recién nacido a término ya es débil habrá que imaginarse la extrema fragilidad del de un prematuro. El recién nacido prematuro tiene mucha menos capacidad para reaccionar frente a las infecciones que el recién nacido a término o que el niño mayor. Por este motivo, una infección en un prematuro puede fácilmente extenderse de forma rápida a todo su organismo y ha de considerarse siempre una situación grave. Muchos tratamientos que son necesarios para la supervivencia de los mismos prematuros (respiradores, sondas, catéteres intravenosos...) comportan, inevitablemente, un cierto riesgo de infección, de forma que los prematuros más graves, aquellos que necesitan más tratamiento, adquieren más infecciones. Por esta razón en las unidades neonatales se aplican normas muy rigurosas de higiene y asepsia. Se evita también el uso indiscriminado de antibióticos, que puede provocar la aparición de microbios cada vez más resistentes y más difíciles de combatir.

Otro problema grave que presentan estos niños es el control de la temperatura. Se trata de bebés en los que la estabilización térmica en el momento del nacimiento es esencial, ya que, al tener una capa de grasa subcutánea y piel muy finas, suelen perder calor rápidamente, por lo que hay que mantener al niño en una temperatura próxima a los 36,5 grados.

Las consecuencias de que se actualicen estos riesgos en potencia varían en función del grado de prematuridad del recién nacido –dado que entre los prematuros podemos decir que están los “prematuros”, los “grandes prematuros” y los “extremadamente prematuros”- siendo los efectos diferentes según los englobemos en uno u otro grupo. La prematuridad es una condición de riesgo para un sin fin de problemas y déficits sensoriales como el estrabismo, sordera, ceguera, problemas neurológicos y psicológicos que devienen en problemas de aprendizaje, de socialización y de coordinación psicomotriz.

Los niños prematuros permanecen unos dos o tres meses en el hospital y constantemente son ingresado por urgencias. Por ello es importantísima la estimulación en estos niños y, particularmente a través de la atención temprana. Los programas y protocolos de seguimiento de los hospitales son tremendamente valiosos y juegan un importantísimo papel preventivo y corrector.

Con el objeto de poder paliar, en parte, las circunstancias expuestas, la norma jurídica laboral contempla una serie de derechos para los progenitores destinados a la idónea protección del menor y

a una mayor y mejor atención por parte de éstos a sus hijos prematuros o que requieran hospitalización. En este contexto, pasamos a realizar un análisis pormenorizado de cada uno de estos derechos laborales consagrados en la ley y que pueden ejercitar los progenitores, incidiendo en una valoración crítica de estos derechos reconocidos, a los efectos de constatar si verdaderamente permiten facilitar y garantizar la conciliación de la vida familiar con la laboral.

II. EL PERMISO POR NACIMIENTO DE HIJO PREMATURO O QUE REQUIERE HOSPITALIZACIÓN

El permiso por nacimiento de hijo prematuro o del neonato que requiere hospitalización significa que los padres-progenitores tienen derecho a interrumpir su actividad laboral -a ausentarse temporalmente del trabajo- para atender el cuidado del recién nacido conservando su salario o retribución. Por lo tanto, se trata de un permiso retribuido, lo que supone que no existe actividad laboral, pero sí remuneración. El interés que se persigue tutelar es la primera atención y cuidado del recién nacido y que tanto el padre como la madre puedan atender a su hijo haciendo compatible esta situación especial de cuidados con su trabajo.

1. ORÍGENES DE LA NORMATIVA DE RECONOCIMIENTO DE ESTE PERMISO

La regulación de esta materia tiene sus orígenes en la propuesta de ley que plantearon en su momento las asociaciones de padres con hijos prematuros, al objeto de facilitar la prestación de las atenciones que requieren los neonatos prematuros durante el periodo de hospitalización. La experiencia médica pone de manifiesto que estos niños mejoran más rápidamente cuando son sometidos a un mayor contacto y estimulación por parte de la madre o el padre durante su permanencia en el hospital. Por ello, se proponía que los progenitores pudieran disponer de tres horas diarias para poder visitar a sus hijos mientras se encontraran hospitalizados. Lo que se pretendía con esta medida por parte de las asociaciones de padres con prematuros es que los padres que no vivan cerca del hospital pudieran tener la oportunidad de estar con sus hijos en la unidad neonatal todo el tiempo necesario. Simplemente con que los padres vivan en un municipio a una distancia considerable a la capital o municipio en dónde se ubica el hospital, las tres horas de licencia diaria se convertían en insuficientes al consumirse sólo con el desplazamiento.

Las asociaciones de padres y madres de hijos prematuros –Aprem, Prematura y Avaprem⁴ iniciaron sus gestiones y mantuvieron reuniones con parlamentarios de diferentes agrupaciones políticas, además de contactar con la patronal y con los representantes de las principales fuerzas sindicales a quienes presentaron un borrador con las modificaciones que sería preciso introducir en el Estatuto de los Trabajadores y en el Estatuto de la Función Pública⁵. La realidad es que nos encontrábamos con un importante vacío legal que la legislación laboral y de seguridad social tenía que remediar en relación con el supuesto especial de los partos de niños prematuros. En definitiva, el objetivo era conseguir que la legislación vigente se adaptase a las necesidades específicas de los niños prematuros y sus padres. Esta preocupación social sobre los prematuros que trasladan las asociaciones a los políticos tuvo su oportuno reflejo en el trámite legislativo a la presentación del Proyecto de Ley de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, convertido, posteriormente, en la Ley 12/2001, de 9 de julio⁶.

Esta Ley 12/2001, de 9 de julio de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, amplió los derechos de los trabajadores con hijos menores, particularmente en los supuestos en los que el recién nacido necesita atención médica hospitalaria, a cuyo efecto adicionó un nuevo apartado al art. 37 ET, a tenor del cual:

⁴ *Aprem* (Asociación de padres de niños prematuros), *Prematura* (asociación catalana de padres de niños prematuros y *Avaprem* (asociación valenciana de padres con niños prematuros)

⁵ En relación con los antecedentes de este permiso véase SANCHEZ TRIGUEROS, C.: “Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm 17/2001 parte Estudio, pp. 2-3.

⁶ BOE núm. 164, de 10/07/2001.

“En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario”.

En la actualidad, y tras la aparición en su día de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), se mantiene la misma regulación en este precepto, si bien se sustituye el término “padre o madre”, por la expresión “la madre o el otro progenitor”⁷.

2. LA ESTANCIA EN EL CENTRO HOSPITALARIO COMO CONDICIONANTE DEL PERMISO

Según apunta la doctrina laboralista, el derecho de los padres a este permiso se origina como consecuencia de la estancia del niño recién nacido en el centro hospitalario y la atención que éstos requieren, y no en el hecho en sí del nacimiento prematuro de la criatura. De manera que el origen de estos derechos no se centra en el nacimiento prematuro del niño o niña, sino en su estancia necesaria a continuación del nacimiento en el centro hospitalario.

El precepto presupone que el nacimiento se ha producido en un hospital o en un centro de salud, -de hecho, la norma utiliza la expresión que tras el nacimiento “permanezcan” en el mismo-, sin embargo, la utilización de éste término no debe interpretarse literalmente como que se esté excluyendo los supuestos en que el parto prematuro se haya podido producir en otro lugar distinto a un hospital o centro de salud (como en una consulta médica ambulatoria, en el domicilio particular o ajeno de la madre, en la propia vía pública o cualquier otro espacio o lugar...) y que posteriormente sea necesaria la hospitalización.

También entendemos que queda dentro de la previsión normativa, el caso en que se produce un reingreso hospitalario de un recién nacido con pocos días de vida y que hubiera sido enviado a casa. En este caso, con independencia de que el recién nacido ha salido -momentáneamente- del centro hospitalario y ha sido tras el parto dado de alta pero inmediatamente después reingresado, ello no implica que queda fuera del supuesto contemplado en la ley. Estaríamos ante supuestos que “invitarían, probablemente, a flexibilizar los estrictos términos de previsión normativa”⁸

También se ha interpretado como comprendidos en la norma, los supuestos en que los problemas derivan -tras el parto- para la madre y no para el bebé y deban de permanecer hospitalizados la madre y el hijo durante un tiempo, puesto que cuando se utiliza la expresión “cualquier otra causa”, se entiende que pudieran quedar comprendidas no únicamente las circunstancias relacionadas con el bebé, sino también las que pudieran padecer la madre que obligan a estar junto a su hijo.

Lo esencial para generar este permiso, es que el recién nacido va a necesitar permanecer hospitalizado durante algún tiempo, con independencia de la causa que lo ha producido, puesto que la finalidad del permiso es garantizar la conciliación de la vida familiar, personal y laboral de los padres con la del recién nacido que permanece hospitalizado tras su nacimiento.

La finalidad de la norma estriba en el cuidado o atención -por parte de la madre y el padre- al recién nacido hospitalizado, compatibilizando esta situación con el trabajo de los padres que disfrutando de este permiso pueden interrumpir la actividad laboral sin menoscabo de su remuneración salarial.

⁷ Así se señala en el actual art. 37 ET que: “En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el otro progenitor tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario”.

⁸ SANCHEZ TRIGUEROS, C.: “Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm 17/2001 parte Estudio, p.3.

3. CONTENIDO DEL DERECHO AL PERMISO

El derecho de los padres consiste en un permiso para ausentarse del trabajo durante una hora. Se ha criticado que nada se dice de la periodicidad de la ausencia, ni las formalidades a seguir previa o posteriormente, ni cuánto tiempo puede prolongarse este permiso. La ausencia al trabajo puede ejercerse todos y cada uno de los días durante los cuales se presta actividad laboral y se tiene derecho al permiso mientras sea necesaria y subsista la hospitalización del recién nacido.

La realidad es que, en numerosos casos, al trabajador de poco o nada le sirve disponer de tan sólo una hora para ir y regresar desde el lugar de su trabajo al centro hospitalario en que esté el niño o niña ingresado (piénsese en las largas distancias existentes en las grandes ciudades o en el caso de trabajadores con residencia en el extrarradio en las grandes ciudades o en un municipio poco próximo a la ciudad o municipio principal de una zona o región en donde se ubican, normalmente, los centros hospitalarios). En este sentido, se ha criticado insistentemente que el disponer de únicamente una hora no soluciona el problema.⁹ Y vienen a demostrar que el legislador no conoce toda la problemática real que implica el nacimiento de un hijo con estas características y en estas excepcionales circunstancias.

En este sentido, se ha estimado la conveniencia de pactar con la empresa la traslación de este permiso al comienzo o final del horario laboral o jornada de trabajo del trabajador o trabajadora¹⁰.

Otro problema que se suscita -y en el que la norma no repara- es el relativo al disfrute de esa hora de permiso y la compatibilidad de horarios del empleado con la empresa y de éstos con los establecidos por el hospital en el que se encuentra internado el hijo prematuro o recién nacido hospitalizado. Y es que el ejercicio de este permiso dependerá -o estará condicionado- por el horario del régimen de visitas para los padres establecido por el propio centro sanitario o de salud para que éstos puedan atender a los bebés. En la mayoría de los casos, el centro hospitalario es el que determina un horario concreto y razonable en el que los padres tienen permitido acceder a las unidades de neonatos del hospital, al objeto de atender o cuidar de sus hijos prematuros. Ésta circunstancia obligará a la empresa a compatibilizar y ajustar el horario del trabajador con los del hospital para que este permiso no carezca de sentido y quede vacío de contenido.

4. TITULARIDAD DEL DERECHO AL PERMISO

La titularidad del derecho la tienen tanto el padre como la madre, de manera que cualquiera de los progenitores puede ser titular del derecho a este permiso. En consecuencia, no existe prioridad o titularidad originaria a favor de ninguno de los dos, padre o madre. Además la norma nada indica respecto cómo habría que resolverse la situación en la que concurrieran ambos progenitores en el ejercicio de este derecho, posiblemente porque no se esté pensando en que ambos puedan simultanear el permiso.

En la práctica, se trata de un permiso destinado a ser disfrutado, en la mayoría de los casos, por el padre del recién nacido, dado que la madre -en ese momento- disfruta del descanso obligatorio por maternidad (seis semanas posteriores al parto). En los casos en los que la hospitalización del bebé prematuro superara las seis semanas obligatorias posteriores al parto, en tales casos aumentarían las posibilidades de que sea la madre la que -si está trabajando- ejerciera también este derecho al permiso.

⁹ Por ello, las asociaciones de padres de prematuros -a las que hemos hecho referencia- (Aprem, Prematura y Avaprem) proponían un permiso de tres horas diarias como mínimo, sin necesidad que fueran tales horas continuadas y totalmente remuneradas. Un comentario acerca de esta propuesta, véase VICENTE PACHÉS, F de e IBÁÑEZ GOZALBO, M.: "El permiso por maternidad en caso de nacimiento de un hijo prematuro: un supuesto lamentablemente olvidado", Revista *Tribuna Social*, núm. 123, 2001.

¹⁰ Por este motivo el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Mixto solicitaron en su momento una duración del permiso de tres horas diarias -en consonancia con la propuesta de las asociaciones de padres con hijos prematuros- que no prosperó. Finalmente, sí se aprobó la propuesta más restringida de un permiso de sólo una hora del Grupo Parlamentario Catalán -Convergència i Unió (CiU) por razón de los costes que la medida podía suponer.

Por otra parte, si el padre disfruta de la suspensión del contrato por paternidad del art. 48 bis ET el padre tendría que ejercer el derecho a este permiso una vez consumidos los 35 días –tras nueva LPGE para 2018¹¹, que aumenta el permiso de paternidad en una semana más- ya que no se pueden acumular dos causas que eximen de la prestación laboral –una suspensiva y otra interruptiva-.

5. CONDICIONES DE EJERCICIO DEL DERECHO

El ejercicio de este permiso tiene una duración temporal. Este permiso se inicia una vez consumido el denominado permiso por nacimiento de hijo, que puede ser de dos o cuatro días, en función de si es necesario o no el desplazamiento -y salvo que el convenio dispusiera más tiempo-.

El permiso durará tanto en cuanto se prolongue y sea necesaria la permanencia del bebé prematuro en el hospital, dado que la finalidad de este permiso está en el hecho de que los padres puedan cuidar y atender a los recién nacidos con necesidades hospitalarias tras el parto. El derecho a este permiso desaparece desde el momento que el neonato prematuro u hospitalizado finaliza la situación de internamiento en el centro de salud como consecuencia de que ha sido dado de alta en el hospital. El derecho a este permiso se extingue, además, por otros motivos, como es el caso del fallecimiento de los padres titulares del derecho; por muerte del bebé; por extinción del contrato de trabajo; pase a excedencia...

La norma alude únicamente al padre y a la madre (sin hacer referencia alguna al marido, esposa o cónyuge), siendo lo único relevante la maternidad o paternidad biológica, convirtiendo en irrelevante, obviamente, tanto el estado civil de los padres como la existencia o no de matrimonio. Tampoco en la norma se dice nada de forma expresa sobre la adopción, esto es, si es aplicable el permiso a los supuestos de adopción y acogimiento. Parece que si estuviéramos ante un adoptado o acogido que desde su nacimiento hubiera requerido de hospitalización, cualquiera de los padres podría ejercer este derecho. Sin embargo, parte de la doctrina discrepa de esta opinión, al entender que es difícil que se extienda el caso a estos supuestos. La norma indica expresamente a la “madre o el otro progenitor” por lo que no queda lo suficientemente clara la inclusión en los supuestos de adopción.

En caso de partos múltiples, nada dice la ley -circunstancia ésta que sorprende sobremanera cuando se modificó para el permiso de lactancia por la LOI-, pero puede entenderse que surge el derecho por cada uno de los neonatos o prematuros que permanezcan hospitalizados. El problema es que se grava más al empleador, razón por la que se ha argumentado la posibilidad de trasladar esta carga o gravamen a la Seguridad Social –como en el caso del subsidio por maternidad- y que ésta asumiera como una parte más de las llamadas cargas familiares. De todas formas, es indiscutible, que no es lo mismo tener que atender y cuidar en el hospital a uno que a dos o tres recién nacidos.

III. REDUCCIÓN DE JORNADA POR NACIMIENTO DE NEONATO PREMATURO U HOSPITALIZADO

1. CONTENIDO DEL DERECHO

El mismo art. 37 ET, nos pone de relieve que el trabajador puede optar por reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. En este supuesto, la reducción de jornada -la menor actividad- va acompañada de la disminución proporcional del salario. Por consiguiente, ya no estamos en la figura anterior -un permiso de trabajo- en este caso, en la reducción de jornada, se trabaja menos tiempo, pero con la correspondiente disminución de percepciones económicas.

El acogerse a una reducción de jornada, no es obligatorio para el trabajador, que puede conformarse y tener suficiente con el permiso, esto es, la hora diaria de ausencia, a la que hemos hecho referencia anteriormente.

¹¹ Ley 6/2012, de 3 de julio, de los Presupuestos Generales del Estado para 2018.

La perentoriedad de la necesidad a atender aconseja, de la mano de la buena fe contractual, que la comunicación entre trabajador (que decide acogerse a este beneficio) y la empresa tiene que ser lo más rápida y ágil posible.

2. TITULARIDAD DEL DERECHO

En el caso de nacimiento de hijo prematuro o que deba ser hospitalizado, la ley señala como titulares del derecho a “la madre o el otro progenitor”, sin mayores precisiones. Ello significa que no hay un derecho preferente de la madre y que no es necesario que ambos progenitores trabajen para que el padre pueda hacer uso de la reducción de jornada. En los supuestos en que hubiera fallecido la madre trabajadora, también cabe la posibilidad que disfrutara el padre de este derecho, ya que la atención y cuidado del bebé será más necesaria aún y porque el art. 48.4 ET, -para un supuesto muy próximo- acoge expresamente esta solución.

3. MODALIDAD PROCESAL EN CASO DE DISCREPANCIAS EN EL DISFRUTE DEL DERECHO

El apartado 6 del art. 37 ET dispone que: “La concreción horaria y la determinación del período de disfrute corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación a la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria”.

Lo más controvertido de este precepto se encuentra en éste último inciso, porque será difícil poder exigir al trabajador que preavise quince días antes de que finalice la hospitalización, cuando el trabajador va a disponer de esa información con bastante menos tiempo. Es decir, el conocimiento por parte del trabajador del estado de su hijo hospitalizado dependerá de la información o diagnóstico que –a su tiempo- le proporcione el equipo médico, quedando supeditado el preaviso al criterio del personal médico en función de la evolución del bebé nacido prematuramente o necesitado de tal hospitalización.

Por ello, se apunta que deben aquí entrar en juego para el trabajador como para el empleador las reglas de la buena fe.

En caso de discrepancias entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y el período de disfrute del ejercicio de estos derechos, se debe acudir a la jurisdicción social (art. 139 LRJS). Este precepto de la LRJS, establece la modalidad procesal que debe ponerse en funcionamiento para la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute en lactancia y reducción de jornada por razones familiares. La norma indica que el trabajador dispone de veinte días de plazo para reclamar su disconformidad ante el criterio empresarial. El procedimiento para dirimir la controversia laboral entre empresario y trabajador tiene carácter preferente y urgente (juicio rápido), siendo los plazos para señalar la vista y dictar sentencia muy breves. La resolución judicial –la sentencia- será irrecurrible en suplicación.

Si los trabajadores hacen uso de estos derechos, el empleador puede sustituirlos mediante un contrato de interinidad [RD 2720/1998, art 5.2. b)].

El reconocer este derecho de reducción de jornada a los trabajadores viene a corroborar que el legislador es consciente que la hora de permiso retribuido es insuficiente para los progenitores, ampliando en dos horas más el tiempo de atención y cuidado de los padres, pero sin suponer un coste para la empresa.

IV. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR NACIMIENTO DE HIJO PREMATURO U HOSPITALIZADO Y EL DERECHO A INTERRUMPIR LA SUSPENSIÓN

La suspensión del contrato de trabajo supone la interrupción de la prestación laboral y, correlativamente, de la prestación salarial, con mantenimiento del vínculo entre las partes. Se deja

temporalmente de trabajar y, por consiguiente, de remunerar, si bien la relación contractual entre empresario y trabajador se mantiene y no se extingue. El art. 45.2 ET señala expresamente que la suspensión del contrato “exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunera el trabajo”. El ordenamiento jurídico laboral ha establecido que determinadas circunstancias que dificultan el normal desarrollo de la prestación laboral no produzca la extinción de la relación de trabajo, sino su pervivencia en situación de suspensión, volviendo el contrato a desarrollar plenamente sus efectos cuando cesen tales causas. Entre las diversas causas de suspensión contractual que recoge la ley laboral, vamos a referirnos exclusivamente a aquellas que están en relación con la materia objeto de estudio, como es el caso de la:

- suspensión por maternidad
- suspensión por paternidad
- suspensión por riesgo durante el embarazo y lactancia
- suspensión por nacimiento de hijo prematuro o recién nacido hospitalizado

Éstas y otras medidas tienen su origen y fundamento en los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral que se reconocen a los trabajadores y trabajadoras de forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares (art. 44 LOI). Y entre los criterios generales de actuación de los poderes públicos se dispone expresamente “el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.” (art.14.8 LOI). Entre los derechos de suspensión descritos por nacimiento de un hijo, realizaremos únicamente un breve comentario del derecho a la suspensión contractual derivada del nacimiento de un neonato prematuro u hospitalizado.

1. ALCANCE GENERAL DEL DERECHO A INTERRUMPIR EL PERIODO DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El apartado 4 del art. 48 ET, en la redacción que originó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), establece que: “En los casos de partos prematuros y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre”.

Lo que dispone este precepto, significa que, en el supuesto de partos prematuros o de neonatos necesitados de inmediata hospitalización tras el parto, existe la posibilidad legal de interrumpir el periodo de suspensión del contrato de trabajo (la baja o licencia por maternidad o paternidad), pudiendo el padre o la madre incorporarse al trabajo -mientras el hijo es atendido en el hospital- y reiniciar la suspensión a partir del momento en que el prematuro recibe el alta hospitalaria. Si bien se excluyen las seis semanas posteriores al parto de suspensión obligatoria para la madre. Lo dispuesto en esta norma implica una excepción al principio general que impone el disfrute ininterrumpido de la suspensión por maternidad.

En consecuencia, el disfrute del descanso por maternidad y su suspensión es el siguiente: 1º) nacimiento y hospitalización del hijo, la madre tiene un descanso obligatorio de 6 semanas; 2º) Si pasadas esas 6 semanas de descanso obligatorio el bebé permanece en el hospital, se interrumpe la baja por maternidad y se incorpora al trabajo. 3º) Una vez es dado de alta el bebé continúa la madre con el disfrute de la licencia por maternidad durante las 10 ó 12 (parto múltiple) semanas restantes.

La finalidad de esta medida, es detener el transcurso del periodo de baja por maternidad o paternidad al objeto de reanudar el cómputo cuando el menor regresa al hogar familiar; en todo caso, ello ha de compatibilizarse con la observancia del periodo de seis semanas posteriores al parto, que es de carácter obligatorio. Cabe recordar, que las seis semanas inmediatamente posteriores al parto son de obligado descanso para la madre, por lo que ha de interrumpir la actividad laboral. Por lo

tanto, todas estas consideraciones han de entenderse referidas exclusivamente al período de diez semanas (o las que correspondan por parto múltiple) restantes de suspensión del contrato de trabajo.

La finalidad de este derecho se encuentra en que muchas madres consumían el permiso de maternidad mientras el recién nacido permanecía ingresado en el hospital, no teniendo sentido que mientras el menor es atendido por los servicios de salud la madre estuviera de baja. Y cuando el bebé es dado de alta –momento que precisa éste de mayores cuidados y atenciones- la madre tiene que incorporarse ya al trabajo por haber agotado el periodo de suspensión por maternidad.

Asimismo, cabrá el ejercicio de este derecho: 1) cuando la madre trabajadora haya fallecido y el padre u otro progenitor pase a ser titular del derecho; 2) cuando la hospitalización del menor se prolongue más allá de seis semanas; 3) cuando el padre u otro progenitor hubiera recibido, por transferencia de la madre, una parte del periodo de descanso.

2. PREVISIONES DEL RD 295/2009¹²: SUSPENSIÓN CONTRACTUAL POR NEONATO PREMATURO U HOSPITALIZADO Y SUBSIDIO POR MATERNIDAD

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

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

Si durante la percepción del subsidio por maternidad, se extingue el contrato de trabajo del beneficiario o se produce el cese de la actividad, no podrá interrumpirse dicho subsidio¹³.

Si la percepción del subsidio por maternidad hubiera sido interrumpida, cuando ésta se reanude, una vez que el menor haya sido dado de alta hospitalaria, dicho subsidio se percibirá en la misma cuantía en que se viniera abonando antes de la interrupción (art. 7.7. RD 295/2009)¹⁴

Cuando se haya interrumpido la percepción del subsidio por maternidad y, una vez reanudada la correspondiente prestación de servicios o la actividad, el interesado iniciase un proceso de incapacidad temporal, dicho proceso quedará interrumpido por el alta hospitalaria del menor, con la consiguiente reanudación del subsidio por maternidad (art. 10.6 RD 295/2009)

Cabe tener presente que todas estas previsiones contenidas en el RD 295/2009, pueden verse mejorados en función de lo establecido por la legislación específica de cada Comunidad Autónoma,

¹² Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE 21-3-09). Un comentario a esta disposición reglamentaria la encontramos en PANIZO ROBLES, J.A.: “La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad (Comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* núm. 313 (22/2009) pp 3 a 75.

¹³ En los casos de partos prematuros y en aquellos otros supuestos en que el neonato precise hospitalización a continuación del parto, podrá interrumpirse el disfrute del permiso de maternidad y la percepción del correspondiente subsidio, a petición del beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto. El permiso se podrá reanudar a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el periodo que reste por disfrutar. No se interrumpirá la percepción del subsidio por maternidad si durante el periodo de percepción del mismo se extingue el contrato de trabajo del beneficiario o se produce el cese de la actividad. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá interrumpir el disfrute del permiso incluso durante las seis semanas siguientes al parto (art. 8.9 RD 295/2009)

¹⁴ Excepcionalmente, la base reguladora del subsidio se modificará en los siguientes casos: a) Cuando se modifique la base mínima de cotización aplicable al trabajador en el régimen de que se trate, para actualizar su cuantía a partir de la fecha de entrada en vigor de esta nueva base mínima; b) Cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad, adopción o acogimiento; c) Cuando para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso (art. 7.8 RD 295/2009).

por el convenio vigente en la empresa en la que trabajen los padres, particularmente lo regulado en relación a la licencia o baja por maternidad de la madre, o por negociación particular de la empleada con su empresa u organización productiva.

V. AMPLIACIÓN DEL PERIODO DE SUSPENSIÓN POR MATERNIDAD ORIGINADO POR HOSPITALIZACIÓN DEL NEONATO

La LOI introdujo un nuevo párrafo al art. 48.4 ET, ampliando el plazo de suspensión del contrato “en los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días.”

En estos supuestos, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el recién nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

En consecuencia, tras la LOI, se amplían las posibilidades de suspensión del contrato de trabajo al añadirse otro supuesto, consistente en la ampliación del periodo de suspensión -en los casos en que la hospitalización del nacido lo sea por periodo superior a siete días- en tanto días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

El disfrute del periodo adicional del subsidio corresponde a la madre o, a opción de la misma, al otro progenitor, si reúne éste los requisitos necesarios y disfruta del descanso (el hecho de que “disfruta del descanso” parece obligar a que el otro progenitor hubiera disfrutado, estuviese disfrutando o previese disfrutar de un parte del periodo de licencia de maternidad, aparte del que sea ampliado).

En supuestos de parto múltiple, no se permite acumular los periodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos periodos hubieran sido simultáneos. Otro aspecto este muy criticable porque, tal y como se ha indicado, ha habido un aumento significativo del número de partos múltiples, como consecuencia, en muchas ocasiones, por los avances en las técnicas de reproducción asistida.

La ampliación de la suspensión por maternidad corresponde en los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto (art. 8.11RD 295/2009).

La hospitalización se puede deber al tratamiento de una enfermedad del recién nacido, o a otra causa relacionada con su salud o con la de la madre, en supuestos, por ejemplo, de observación, de diagnóstico o de preparación o intervención quirúrgica. Y es que a pesar de referirse el citado precepto, al menos implícitamente, a la salud únicamente del neonato y no de la madre, debe entenderse comprendida cuando a causa de la salud de la madre, tanto ésta como el neonato tienen que mantenerse ambos hospitalizados.

Por lo tanto, una vez agotado el periodo de seis semanas postparto y siguiendo hospitalizado el menor, cabe la posibilidad de suspender la actividad laboral por el tiempo que reste de las 16 semanas, periodo de suspensión al que se añadirán –siempre que el menor esté hospitalizado más de siete días a contar después del parto- tantos días como el menor esté hospitalizado, con una duración máxima de trece semanas. Si agotado este periodo, el menor continuara hospitalizado, se abrirían de nuevo las posibilidades del permiso (ausencia al trabajo) o reducción de la jornada, en los términos contemplados en el art. 37.4 bis ET. Asimismo, se puede solicitar la ampliación incluso después de agotada la suspensión o licencia de maternidad, “pues no existe un plazo al efecto ni puede en consecuencia establecerse una distinción que la ley no prevé y menos para efectuar una interpretación restrictiva del derecho”¹⁵.

Por consiguiente, existe la posibilidad de suspensión contractual por maternidad y de su ampliación, normas que están ampliando las facultades de “autoorganización” de los progenitores de

¹⁵ SJS nº 33 de Madrid, de 28 de octubre de 2011. Un análisis de esta sentencia, AGÍS DASILVA, M.: “El incremento del período de suspensión por maternidad derivado de hospitalización del neonato”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 40/20126/2012 parte Presentación.

neonatos prematuros u hospitalizados, de manera que éstos pueden utilizar la suspensión o la ampliación como mejor estimen, dado que suspender y ampliar son dos opciones que no se excluyen mutuamente.¹⁶

El mismo derecho, en parecidos términos, -sin precisar que el menor debe estar más de siete días hospitalizado- se recoge para el ámbito de la Función Pública, al señalarse que “en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales [art. 49 a) EBEP].

En consecuencia, en términos generales y a efectos prácticos y de síntesis, las opciones de disfrute del conjunto de estos derechos por parte de la madre y el padre, serían las siguientes:

A) Opciones de la madre

- En el caso de optar al disfrute de *todo el permiso completo de maternidad*: contaría con las 16 semanas de permiso por maternidad + días que el nacido se encuentra ingresado en el hospital (máximo 13 semanas) que harían un total de 29 semanas como máximo.
- En el caso de optar por *interrumpir el permiso de maternidad hasta el momento del alta hospitalaria del menor*: debería disfrutar las 6 semanas obligatorias de permiso por maternidad+ interrupción de dicho permiso hasta el alta hospitalaria del menor pudiendo ausentarse del trabajo 1 hora y/o reducir la jornada hasta 2 horas+reanudación del permiso por maternidad, que harían igualmente un total de 29 semanas como tiempo máximo.

B) Opciones de disfrute del padre

- En el caso de optar al disfrute de *todo el permiso completo por paternidad*: contaría con los 2 días de permiso retribuido (o más días que podría establecer el convenio) + 35 de permiso por paternidad.
- En el caso de optar por *interrumpir el permiso de paternidad hasta el momento del alta hospitalaria del menor*: los 2 días de permiso retribuido (o según convenio) + derecho a ausentarse del trabajo 1 hora y/o reducir la jornada un máximo de 2 horas hasta el alta hospitalaria del menor + 35 días de permiso por paternidad.

De conformidad con la información –de forma resumida- recogida en la página web de la Asociación de Padres de Niños Prematuros (Aprem) en relación con el nacimiento de prematuros, podemos hacer referencia a los casos siguientes:

A) Caso general parto prematuro con permiso de maternidad sin interrupción:

Dieciséis semanas de permiso ordinario más los días que el bebé esté ingresado en el hospital (con un máximo de trece semanas y siempre que el bebé esté ingresado más de 7 días) más las semanas adicionales según caso específico.

B) Caso general parto prematuro con permiso de maternidad con interrupción:

El mismo número total de días que el caso A, teniendo en cuenta que en el caso de partos prematuros se puede suspender el disfrute de la baja por maternidad transcurridas las primeras seis semanas de descanso obligatorio y retomar las semanas restantes una vez que el niño es dado de alta. Esta interrupción no es incompatible con las semanas adicionales según caso específico (Art. 8.9 del RD 295/2009).

C) Caso específico: parto único más nacimiento con peso por debajo de 2.200 gramos:

Al permiso de maternidad del caso general son acumulables las semanas adicionales por discapacidad del hijo (Art. 8.7 del RD 295/2009). Así el permiso de maternidad del caso general se vería incrementado en:

¹⁶ STSJ C. Valenciana de 3 de mayo de 2011.

+ 2 semanas por riesgo de discapacidad por peso al nacimiento menor de 2.200 gramos. La administración aplica los baremos del RD 504/2007 para presumir el grado de discapacidad en los menores de 3 años. Se presume la discapacidad si hay un grado 1 moderado; la Administración está reconociendo este grado de discapacidad a los bebés nacidos con un peso inferior a 2.200 gr.

D) Caso específico: parto múltiple más nacimiento con peso por debajo de 2.200 gramos:

En este caso, si los niños están ingresados después de nacer se le añadirá al periodo de baja los días que estén ingresados (con un máximo de 13 semanas y siempre que el bebé esté ingresado más de 7 días). Si los hermanos están ingresados simultáneamente, se computarán los días adicionales como en el caso general, no se podrá computar el periodo adicional por cada hijo; esto es, el periodo de tiempo no es acumulable en función del número de hijos, es independiente de esa cifra. Al permiso de maternidad del caso general serán acumulables las semanas adicionales por parto múltiple (Art. 8.3 del RD 295/2009) y por nacimiento con bajo peso (Art. 8.7 del RD 295/2009). Así el permiso de maternidad ordinario se vería incrementado en:

+2 semanas por cada hijo en caso de parto múltiple a partir del segundo.
+2 semanas por riesgo de discapacidad por peso al nacimiento menor de 2.200 gramos de cada niño. La administración aplica los baremos del RD 504/2007 para presumir el grado de discapacidad en los menores de 3 años. Se presume la discapacidad si hay un grado 1 moderado; la Administración lo está reconociendo a los de menos de 2.200 gr.

VI. REFLEXIONES Y PROPUESTAS FINALES

1. Es innegable que la legislación laboral y de seguridad social ha pretendido cubrir un importante vacío ante los casos especiales de los neonatos prematuros u hospitalizados. Por una parte, es loable que la normativa, en su evolución, haya ido reconociendo desde el año 2001 una serie de derechos laborales a los padres y madres ante la situación excepcional del nacimiento de un hijo prematuro o que deba ser hospitalizado a continuación del parto. Pero por otra parte, nos debemos cuestionar si la legislación vigente es lo suficiente avanzada y se adapta o no a las necesidades reales y específicas de estos recién nacidos y de sus padres o progenitores. En definitiva, debemos pensar en el necesario cuidado y atención que requieren estos menores y, al mismo tiempo, en los derechos con los que cuentan los progenitores para poder compatibilizar esa situación especial con su trabajo. Consideramos que la normativa expuesta podría ser mucho más beneficiosa para los padres o progenitores de bebés prematuros u hospitalizados y no cubre ni garantiza en su totalidad o suficientemente las necesidades de éstos ni la de sus hijos.

2. Tal y como se ha expuesto, los niños prematuros necesitan de un seguimiento (protocolo) que se intensifica durante sus primeros años de vida que hace que el permiso por maternidad en relación con un parto prematuro o bebé hospitalizado quede bastante reducido o vacío de sentido. Si las 16 semanas de permiso por maternidad en caso de un parto a término en el que se ha seguido un proceso normal ya es cuestionado por el escaso periodo de disfrute con el que se cuenta, no digamos cuando estamos frente a un parto de un neonato prematuro o que requiere de hospitalización.

3. Creemos que son situaciones que se tiene que entrar a valorar razonablemente. En nuestro país los índices de natalidad son excesivamente bajos, entre otras razones, por la falta inequívoca de medidas adecuadas y reales de "conciliación entre la vida laboral y familiar". Porque ¿cómo podrán compatibilizar los padres de un hijo prematuro la atención a su hijo con su trabajo si -como hemos tenido ocasión de exponer- en los primeros años de vida del bebé prematuro los padres están de forma continua acudiendo al hospital a revisiones médicas periódicas de todo tipo y naturaleza?¹⁷. Por eso, la realidad es que en determinados casos uno de los padres, normalmente la madre, se ve abocada a abandonar su puesto de trabajo si quiere atender adecuadamente la evolución de su hijo

¹⁷ Una de las reivindicaciones constantes de las asociaciones de padres ha sido solicitar que tras la salida del hospital del prematuro u hospitalizado se organicen las visitas médicas intentando agruparlas, reducir las horas de espera en sitios donde haya propensión a la contaminación por catarros u otras enfermedades infecto-contagiosas y facilitar así la visita al hospital a los padres y madres que trabajan.

prematureo u hospitalizado. En otros casos, cabe la posibilidad de solicitar la excedencia o, cuando pueden permitírsele, meses de vacaciones. Como es comprensible, utilizar estas vías no es la solución frente a lo que se ha considerado un creciente problema de salud pública.

4. Como hemos indicado, en muchas ocasiones, una de las causas de la prematuridad es debida a partos gemelares o múltiples ¿qué hacen esos padres en estos casos donde se duplican las atenciones y cuidados de los recién nacidos? Inevitablemente, o se abandona el puesto de trabajo o se busca la ayuda de otra persona con el consiguiente gasto para la unidad familiar. Por otra parte, las prestaciones económicas no son lo suficientemente sustanciosas como para contratar la ayuda de otra persona más que el tiempo estrictamente necesario. La realidad es que el legislador no parece que tenga en cuenta para todos los casos y supuestos los partos múltiples, que son cada vez más comunes como consecuencia de la utilización –ya muy avanzadas- de técnicas de reproducción asistida. Por consiguiente, ante la frecuencia de la existencia de partos múltiples, la norma debería estar más acorde con el actual contexto social haciendo un reconocimiento de derechos a los progenitores de conformidad al mayor número de hijos que se encuentran en situación de prematuridad u hospitalización.

Si el neonato prematureo o que ha sido hospitalizado tiene un sistema inmunológico muy frágil, difícil es que en los primeros meses o años de vida pueda asistir con normalidad, como cualquier otro niño de su tiempo, a guarderías o jardines de infancia, pues el contacto con otros niños no es aconsejado por el personal médico pediátrico. Por lo que el menor o está en casa cuidándolos sus padres -con las repercusiones que esto ocasiona a la conciliación con su "vida laboral"- o no tienen más remedio que contratar a una persona que cuide al bebé mucho más allá del tiempo normal en el que tiene autonomía para permanecer en una guardería. Moverse en este contexto genera un incremento importante de gastos extraordinarios para las familias.

5. Por todo ello, creemos que es el momento que la regulación de esta materia en todos los ámbitos dé un giro hace un tratamiento que considere estas situaciones -de prematuridad u hospitalización del bebé- como situaciones más comunes y menos excepcionales. El legislador debería de conocer en profundidad el contexto –la problemática- en el que se mueven y se ven inmersos los padres para conocer realmente las necesidades de éstos y la actuación normativa fuera más acorde a las necesidades de menores y progenitores.

6. Como la normativa es la que es y con la que contamos, sería importante que también administraciones, empresarios y trabajadores tomaran conciencia real de las repercusiones personales y laborales de los padres con hijos prematureos u hospitalizados y, en la medida de lo posible, que en la negociación colectiva y en los acuerdos y las políticas de conciliación de vida laboral y familiar se estudiara convenientemente la inclusión de medidas conciliatorias que favorecieran y mejoraran la situación de las madres y padres trabajadores.

7. La normativa actual debemos considerarla como un punto de partida, como un conjunto de derechos mínimos básicos garantizados, que –a través de políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en el seno de las organizaciones productivas- deben ir ampliándose en correspondencia con la realidad que verdaderamente regula.

CAPÍTULO XXIII. SUPUESTOS COMPLEJOS DE CESIÓN DEL PERÍODO DE DISFRUTE DEL DESCANSO DE MATERNIDAD¹

FRANCISCO VILA TIERNO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

Magistrado (s) TSJA

Hay verdades que parecen mentiras y mentiras que parecen verdades

(Anónimo)

I. LA TITULARIDAD DEL DERECHO

Cuando en el Estatuto de los Trabajadores se reconoce el derecho a la suspensión del contrato de trabajo con derecho de reserva de puesto de trabajo, con ocasión de un parto (arts. 45.1 d) y 48.4 ET), aunque no lo reconozca de manera expresa, de forma implícita y atendiendo a la finalidad de este derecho, se reconoce a la mujer trabajadora que accede a la condición de madre. Ello, que no parece que sea el objeto de un debate intenso, ni siquiera del propio debate, reviste, no obstante, especial interés cuando se abre la posibilidad de cesión al “otro” progenitor.

En este sentido, en primer término, debe observarse que la redacción del precepto estatutario que regula sus efectos, se hace en femenino, puesto que se refiere, únicamente a la interesada – cuando se determina el modo de disfrute- para, posteriormente, concretar las posibilidades de cesión que atribuye, en cualquier caso, a situaciones que provienen o se derivan de situaciones o de la voluntad de la que debe entenderse como titular.

De este modo y, en segundo término, la cesión se produce siempre por derivación, esto es, bien por fallecimiento de la madre, bien por voluntad de la misma. Sea en uno u otro caso, la titularidad ha recaído en primer término en aquélla y, sólo en determinadas circunstancias y con determinados requisitos procede la referida cesión. Esto es, el legislador ordena una serie de condicionantes que no hacen más que reforzar su titularidad, pues todo ellos van en el sentido de confirmar que es un derecho que se otorga a la misma.

De esta forma, cuando opera la voluntad de la madre para la cesión, por tanto, es preciso, en primer lugar, que la misma manifieste ese hecho al inicio del período de descanso por maternidad. Una comunicación que tiene por objeto la organización interna de la empresa pero que no supone el sometimiento a la voluntad empresarial, en tanto que constituye una comunicación, no una solicitud de autorización. No obstante, si el empresario obsta el disfrute de esta cesión, se abriría un nuevo elemento para el debate: la posible interposición de las acciones legales pertinentes. Lo más relevante, no obstante, es la diferencia respecto al momento de la petición que juega respecto a la prestación que puede llevar anexa –reunidos los requisitos legales para ello- y que incluye en el marco de la Protección a la familia por parte de la Seguridad Social, puesto que para su percepción por el padre, la comunicación a la entidad gestora, al no estar expresamente así observado en la normativa

¹ Comunicación presentada al II CONGRESO INTERNACIONAL Y XV CONGRESO NACIONAL de la AESSS “PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y SEGURIDAD SOCIAL. HACIA UN NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN SOCIOLABORAL”. Ponencia a la que se propone su adscripción: Medidas de Seguridad Social que ayudan a conciliar a los hijos y a otros familiares con el trabajo (Segundo Panel).

de referencia, se ha interpretado que puede realizarse en un momento posterior². Dicha comunicación de cesión, en cualquier caso, está supeditada al control médico que deberá constatar la inexistencia de un riesgo para la madre. No obstante, por un problema relacionado con la salud o cualquiera de los expresamente contemplados en el art. 9 del RD 295/2009, de 6 marzo, posibilitarían la revocación de aquella cesión. Y, por último, será preciso que ambos progenitores trabajen, ya que éste es un derecho vinculado al desarrollo de una actividad productiva y no puede cederse si no se es titular del mismo como consecuencia de lo anterior. De este modo, si la madre no realiza la referida actividad no cabe que el otro progenitor pueda disfrutar de la cesión salvo en el caso de fallecimiento de aquella.

No obstante, con anterioridad la doctrina seguida por el TS, era la de entender que no cabía reconocer la cesión en los casos en los que la madre no fuera trabajadora por cuenta ajena o funcionaria³, supuestos que era los que expresamente se reconocían⁴. No obstante, el art. 318 LGSS, por ejemplo, remite a la regulación general de la maternidad/paternidad y los arts. 48.4 ET y 3.4 RD 295/2009⁵ vienen a señalar que cuando la madre trabaje pero no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho a la suspensión por paternidad.

Todo ello redundante, como decimos, en la clara y terminante atribución del derecho a la mujer trabajadora, pero con mecanismos de cesión que se encuentran justificados en el interés del menor y en la configuración de un sistema adecuado de Protección a la familia.

En esta misma línea, en el caso de fallecimiento se reproduce este hecho que se presenta como un excepcional, puesto que, como hemos afirmado, siendo éste un derecho que tiene como premisa previa que la mujer trabaje –ya que en otro caso no sería titular aquellos derechos que, v.gr., el ET reconoce para quién tiene una relación laboral-, el disfrute del padre se reconoce cuando fallece la madre –en el parto o en momento posterior pero dentro del período de descanso-, aunque ésta no fuera trabajadora con derecho al disfrute del reiterado derecho. Propiamente, no podríamos o deberíamos hablar, en estas circunstancias, de una cesión, puesto que ésta no se produce, en tanto que únicamente puede ceder el disfrute del derecho su titular que, en este caso, por razones obvias, no llega a realizar. Se trata, de manera más exacta, de una atribución indirecta o por derivación que hace el legislador en caso de imposibilidad de reconocimiento para su titular original, en tanto que ésta se ve impedida de hacer uso del mismo como consecuencia de su muerte. Y hasta tal punto es así que incluso se reconoce al otro progenitor el período íntegro si la madre fallece durante el parto y

² Vid. STS 20 de mayo de 2009. En cualquier caso, el art. 3.5 del RD 295/2009 sí señala que es preciso al inicio del disfrute del descanso pero cuando se regula el supuesto concreto de trabajadora con derecho a subsidio no contributivo.

³ V.gr. respecto a trabajadora autónoma: STS 18 de marzo de 2002.

⁴ Y que actualmente configuran el contenido del art. 177 LGSS.

⁵ Art. 3.4 RD 295/2009: “En caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente período de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el período que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad. Se otorgará el mismo tratamiento cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional.

Sí, por el contrario, la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional, independientemente de su duración o de su cuantía, o cuando no alcanzara este derecho por no haber incluido voluntariamente la cobertura de esta prestación, el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio en el sistema de la Seguridad Social.

Cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones, por no hallarse incluida en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos ni en una mutualidad de previsión social alternativa, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad en los términos y con las condiciones que se indican en el primer párrafo de este apartado”.

no ha hecho uso de período alguno o sin que se compute el disfrutado con carácter previo al parto en la hipótesis de que ésta sí fuera trabajadora y hubiera disfrutado de una parte –si bien será parcialmente durante el tiempo que reste hasta las 16 semanas si empezó a ello con posterioridad al nacimiento–.

Ello enlazaría con otro elemento de discusión que, sin embargo, no es objeto de este análisis y que se trataría de reflexionar sobre la verdadera finalidad de la suspensión por maternidad. Esto es, si mediante este derecho se trata de garantizar la salud de la madre y la recuperación tras el parto –y de ahí el disfrute obligatorio de 6 semanas tras el mismo– o bien, lo que se pretende es facilitar la conciliación familiar para el cuidado del recién nacido⁶. Si es así, es decir, según la última afirmación, se entiende la posibilidad de cesión, puesto que tanto un progenitor como el otro deben ser corresponsables en el cuidado del menor.

Pero si es ésta la interpretación, ¿por qué se sigue consolidando el rol tradicional atribuyendo en primer término ese derecho-obligación a la madre? Esta reflexión, unida a la actual configuración del derecho a la suspensión de paternidad, supondría la posible reformulación de los preceptos legales que regulan estas figuras, para adaptarlos a una nueva situación que favorezca, realmente la igualdad de oportunidades y no por reconocer este derecho de manera equivalente a hombres, sino porque sería una equiparación de “cargas” tanto en el ámbito doméstico, como en el marco empresarial, en el que todavía se considera esta situación, en gran medida, un elemento limitador que afecta a la contratación y a la proyección profesional de la trabajadora. De ahí, que propiamente pudiera distinguirse tres momentos distintos: las situaciones preparto y que afecten a la salud de la madre o del feto y cuyo reconocimiento sería íntegro para la madre; el parto y el momento inmediatamente posterior y cuyo disfrute corresponde íntegro a la madre por estar relacionado con la propia salud de la misma y, por último, un derecho de suspensión de maternidad/paternidad que facilitara la conciliación para el cuidado del recién nacido y cuya titularidad es lo que sí podría debatirse y, por tanto, sí enlaza directamente con el contenido de este análisis, si bien, un planteamiento de esta naturaleza supondría remover las estructuras clásicas de la institución.

No siendo, no obstante, como se ha dicho, el objeto de debate, sí adquiere una especial significación en los supuestos de gestación subrogada –por ejemplo– en los que la necesaria recuperación tras el parto no se concreta, por lo que adquiere más sentido la regulación que el artículo 48.5 ET hace para la adopción o el acogimiento, en el que se utiliza el término neutro trabajador y, con posterioridad se prevé, a opción de los mismos, el reparto entre progenitores sin reconocer un derecho original para la trabajadora y una opción derivada para el otro progenitor.

En una lectura, por tanto, literal de ambos apartados del art. 48 ET se dispensa un tratamiento diferenciado de situaciones que no tienen por qué serlo cuando responden a una finalidad común.

Entiéndase, en cualquier caso, que se trata de una lectura ésta que debe hacerse atendiendo a los parámetros constitucionales, en los términos que han venido resolviendo ya nuestros órganos judiciales. Resulta de interés, en tal sentido, alguna sentencia de la instancia que permite comprender de un modo más claro y exento de parcialidad la interpretación que sugerimos⁷. Es el caso, v.gr. de la

⁶ Precisamente, en su comparación con la maternidad por adopción, se señala la naturaleza compleja de esta institución en relación a los fines diversos que pretende cubrir: “La doctrina suele afirmar que la actual configuración de la prestación de maternidad protege una situación de necesidad de naturaleza compleja, en la que se toman en consideración una multiplicidad de necesidades dignas de protección legal. En primer plano, la prestación económica, sin lugar a dudas, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir durante el periodo de disfrute del permiso correspondiente y, en caso de maternidad biológica, facilitar durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado por la cobertura del sistema de Seguridad Social, pretende otros fines más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor”. GÓMEZ GORDILLO, R. “Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción” Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf.num.80/201121/2011 parte Presentación, Editorial Aranzadi, 2011 (BIB 2010\3183 on line).

⁷ La inclusión de una referencia de la instancia, además para comprobar las reclamaciones que de manera ordinaria se plantean sobre estos contenidos, tiene por objeto reflejar una situación que se contempla en aquellas situaciones que, por razón de la materia, no puede acceder a Suplicación y, por tanto, no llegar a un pronunciamiento del TS. Ello imposibilita que lo analizado en los Juzgados de lo Social en estos asuntos, pueda verse reflejado, al menos en estas cuestiones, en la (...)

sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Barcelona, de 29 de julio de 2016, que destacamos por la claridad de sus planteamientos y como ellos, redundan finalmente en beneficio del principio de igualdad cuando no se reconoce el derecho de una trabajadora a concretar el horario de su reducción de jornada por guarda legal. Siendo breve en la descripción de los hechos y los fundamentos, destacaremos como elementos de mayor interés:

- A) La trabajadora solicita la reducción de jornada en un 25 %;
- B) Se constata la existencia de otro progenitor cuya actividad profesional la realiza en régimen de autónomo;
- C) La empresa acepta la reducción de jornada pero no la concreción realizada por la trabajadora en lo que se señala respecto a las 14 y las 15 horas para recoger a su hijo a la salida de la guardería y ello al amparo de razones organizativas;
- D) La petición de la trabajadora se basa, como se expresa en los hechos probados, en que su marido no puede porque trabaja;
- E) El juicio de legalidad debe tener presente las dimensiones constitucionales y el art. 37.6 ET que se valoraba en el supuesto, fue objeto de interpretación por la STC 3/2007, de 15 de enero, en la que se reflexiona sobre la valoración de la justificación de la empresa en relación a la negativa sobre la concreción horaria, estableciendo de manera expresa:

A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego.

Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora. La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina.

- F) Ello exige, en consecuencia, una valoración atendiendo a los fines de relevancia constitucional y ello no parece que se garantice cuando la razón alegada es la imposibilidad del marido que desarrolla su actividad, como hemos adelantado, en el régimen de autónomo. Gráficamente se señala lo siguiente:

Igualmente nada se ha acreditado sobre el trabajo que realiza su compañero sentimental o marido y las incompatibilidades horarias que se produce; y a mayor abundamiento, se declaro en el acto de juicio que el compañero de la actora trabaja de autónomo, declarando textualmente que “el compañero o marido de la actora no puede colaborar por ser Autónomo, y tiene que ganarse la vida y lo que no se puede hacer es abolgarle a que deje el trabajo”.

doctrina de los TSJ o en la jurisprudencia del TS. Sin embargo, es cierto que al amparo de otras reclamaciones, esencialmente por la vía de reclamación de Derechos Fundamentales (arts. 177 y ss. LRJS) si tendrían la opción de recurso y de hecho, se producen las referidas interpretaciones de los órganos judiciales superiores. Se ha querido, sin embargo, como se ha adelantado, analizar cómo en el primer nivel de análisis judicial se contemplan estas materias, más aún si la sentencia que se aporta, como es el caso, es suficientemente ilustrativa y presenta una construcción sistemática y con plena coherencia.

Primeramente decir, que efectivamente si debe colaborar, compaginar y compartir las tareas de la vida familiar y conciliar la vida familiar con la vida laboral de las dos partes en pie de igualdad; cuando aun mas por su régimen laboral tienen plena autonomía para establecer su jornada laboral y concreción horaria

La consideración realizada sobre las obligaciones laborales y familiares del compañero de la actora, se encuentra totalmente en contra con el espíritu de la norma, con la protección que intenta conferir a las mujeres dentro del mundo laboral, como es la finalidad de evitar la discriminación por razón de sexo y de las obligaciones sexista que tradicionalmente le han sido impuestas a las mujeres que les ha llevado a estar casi excluidas del acceso al mundo del trabajo.

La prohibición de discriminación entre hombres y mujeres que recoge el artículo 14 de la CE, postula como fin y generalmente como medio la parificación, imponer erradicar de nuestro ordenamiento o de interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. “Así lo ha entendido 1 el Tribunal de Justicia de la Unión europea en su Sentencia Roca Álvarez, de 3009/2010 asunto C-104/2009, que considera que la exclusión de los padres trabajadores del disfrute del permiso de lactancia cuando la madre del niño no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena, (art. 37.3 LEY) constituye un diferencia de trato por razón del sexo no justificada que se opone los articuloas 2 y 5 de la directiva 76/2017 CEE.

Y ello porque tal exclusión no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que puedan surgir en la vida social. Y si, en cambio una medida que puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre hombre y mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto del ejercicio de su función parental. (TC, sal primera. Sentencia 26/2011, de 14/03/2011)”

La dimisión constitucional de las medidas contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 del ET, y en general de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo, art 14 CE, de las mujeres trabajadores como del mandato de protección de la vida familiar y la infancia del art. 39 CE, debe de servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa, posibilitando una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Así, pues, en las presentes actuaciones se debe concluir que la parte actora no ha aportado ni ha probado con la relevancia suficiente las circunstancias personales y familiares que inciden e interfieren en su vida laboral con la atención del menor y que incompatibles con las que dificultan para la realización de su jornada de trabajo que viene realizando.

Si lo anterior lo llevamos a la discusión sobre la titularidad del derecho de maternidad, en la parte que excede de 6 semanas, ciertamente podrían suscitarse dudas puesto que lo que puede hacerse por cesión, puede hacerse de manera directa. O al menos es discutible. Pero tal discusión, no obstante, choca con la regulación de la Directiva 92/85/CEE en cuyo artículo 8 establece literalmente: “Permiso de maternidad. 1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Esto es, que nuevamente otorga la titularidad del derecho a la trabajadora. Pero todo ello responde a un concepto tradicional de familia y relaciones de filiación, parentesco o cuidado del menor que no tienen en

cuenta situaciones que van surgiendo en el nuevo contexto social y en entre las que adquiere gran trascendencia la maternidad subrogada...

II. EL TITULAR POR CESIÓN: EL OTRO PROGENITOR

Atendiendo a lo señalado en el epígrafe anterior, siendo la titular la madre puede ceder el disfrute del derecho que se le reconoce al otro progenitor, pero... ¿qué se entiende por progenitor?

Antes de intentar formular una definición del concepto, creemos, no obstante, que es preciso especificar dónde se encuentran los problemas que pueden suscitarse en relación a este término para entender así la necesidad de aquella definición (o de los rasgos que nos sirvan para identificarla si no es posible). Así, de este modo, pueden plantearse varias cuestiones en las que será importante predeterminar la figura del otro progenitor:

- la falta de reconocimiento legal de la maternidad subrogada y, unido a ello, la posible existencia de una situación de paternidad monoparental;
- la determinación del otro progenitor en matrimonios del mismo sexo y;
- por último, lo que quizás requiera una reflexión mayor: la prioridad de la paternidad legal o la biológica para reconocer al otro progenitor y el disfrute de los derechos vinculados a ese hecho (suspensión y prestación). Este punto, además, invita a la existencia de diferentes ramificaciones: a) la posible coexistencia de un padre legal y uno biológico siendo atribuido el disfrute el derecho al primero pero reclamándolo el segundo; b) atribución a la madre a un progenitor extramatrimonial sin que conste la situación de pareja de hecho ni reconocimiento de la filiación; c) atribución de la madre a quién reconoce como padre biológico aun existiendo una filiación parental respecto de su cónyuge, en lo que se refiere al posible disfrute de la prestación contributiva de maternidad por cesión.

Para dar una respuesta a estos interrogantes si se necesita definir, en este momento, qué se entiende por progenitor. Cometido que, a priori, no resulta sencillo.

Si acudimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a progenitor como “1. Pariente en línea recta ascendente de una persona. 2. Ser vivo que origina a otro. 3. El padre y la madre”. Al tiempo, viene a señalar que proviene del latín “*progenitor, progenitoris*” derivado de *progignere* cuya traducción es la de engendrar, dentro de cuya familia etimológica ha de incluirse. En este sentido, este origen del concepto casa de una manera más exacta con la segunda de las acepciones, pero no debemos obviar que existen dos más, en las que se hace referencia al concepto de parentesco, paternidad y maternidad, o de manera más exacta: pariente, padre y madre.

En tal caso, es necesario delimitar, en términos jurídicos, que se entiende por pariente, padre y madre, por cuanto que, para ser titular de derechos y deberes, tienen previamente que reconocer tal condición desde el punto de vista legal. Más aún si tenemos presente que no existe, propiamente, una definición legal de progenitor⁸.

De un lado, porque el Estatuto de los Trabajadores reitera en diferentes preceptos la referencia al progenitor, pero no existe una definición previa de tal concepto⁹. Pero del mismo modo que en el ámbito judicial es continua la alusión al mismo, pero tampoco entra a discutir o dilucidar de quién se trata¹⁰.

⁸ Resulta curioso, en este sentido, que el Diccionario del Español Jurídico, bajo el logo de la RAE y del CGPJ (<http://dej.rae.es/#/entry-id/E152500>) no incluye una entrada para este concepto.

⁹ Se utiliza el concepto hasta en 14 ocasiones en los arts. 37.4 y 6; 48.4 (6 veces); 48.5 (2 veces); 48.6; 48.7 (3 veces).

¹⁰ Es bastante habitual, por ejemplo, cuando se resuelve sobre la Pensión de Orfandad en aquellos supuestos en los que hay hijos extramatrimoniales y no se ha reconocido el derecho a una pensión de viudedad. Cít. v.gr. STS 5737/2016, de 12 de diciembre reiterando doctrina.

De otro lado, porque en el ámbito del Derecho de Familia y de manera más concreta en el Código Civil, tampoco se describe de manera particular quién es esta figura, sino que se dedica a regular de un modo más extenso la filiación y los derechos y deberes que se derivan de la misma.

En este orden, si en el ámbito social se quieren reconocer una serie de derechos a quién ostenta tal condición, es necesario, en primer lugar, determinar quién lo es. Si se quiere dar un estatus especial tendría que ser la propia norma laboral la que determinara, a estos efectos concretos, quién se entiende por progenitor y, si no lo hace, habremos de acudir a la norma común para especificarlo. No parece lo más idóneo tratar en el marco de un proceso laboral a quién se reconoce tal carácter, y menos en el contexto de una cuestión prejudicial del art. 10.1 LOPJ. Cuestión distinta es la posibilidad, ante la ausencia de un criterio claro, de que los órganos de lo social pudieran interpretar –se ha hecho de manera muy aislada– que cuando el legislador laboral se refiere a progenitor prima el elemento biológico frente al legal o documental y ello ante la falta de concreción por el legislador y el origen etimológico del término.

Si acudimos, por tanto, al Orden Civil, lo primero que encontramos es la regulación en el Código Civil de la filiación. Si respecto a la misma se consulta cualquier manual básico sobre la materia podemos afirmar que “La filiación es el estado civil en virtud del cual se considera a una persona hija de otra... hace referencia a la procedencia de los hijos respecto de sus progenitores y a la relación que existe entre ellos, caracterizada por una serie de derechos y deberes recíprocos e interrelacionados entre sí, como son el derecho a los apellidos, derecho de alimentos y derechos sucesorios, entre otros. Se puede considerar como una relación jurídica, cuyos elementos son, por un lado, los progenitores legalmente reconocidos y, por otro, los hijos, y representa el nacimiento de un conjunto de derechos y obligaciones exigibles entre progenitores e hijos. La filiación fundada en el vínculo de la generación, origina un estado, que es la posición que el individuo ocupa en la familia como hijo, y de la cual derivan derechos y obligaciones (TS 7-12-98). La relación filial es la que da origen al parentesco, a la patria potestad y a partir de la cual se establece una comunidad de carácter familiar que identifica a los grupos dentro de la sociedad”¹¹.

Para comprobar su contenido, es relevante señalar que el Código Civil destina los siguientes artículos para su regulación:

- 108 a 111: la filiación y sus efectos;
- 112 a 126: el régimen de determinación y prueba;
- 131 a 141: las acciones de filiación.

En este sentido, se distingue entre filiación natural y adoptiva y dentro de la primera entre matrimonial y no matrimonial (art. 108 CC). Sea como fuere, en todos los casos, se encuentra dentro del paraguas de protección del art. 39 CE¹², pero no tienen un mismo régimen de reconocimiento. De una parte, y en cualquier caso, el art. 112 CC especifica que “La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar”, mientras que el art. 113 concreta que su acreditación será “por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado”.

Ello, debe completarse con lo previsto en los arts. 115 y 116 CC, en lo que respecta al padre, puesto que la filiación paterna matrimonial queda determinada legalmente por su inscripción en el Registro junto a la del matrimonio (o por sentencia firme) y por la antes señalada presunción de paternidad matrimonial: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del

¹¹ Memento de Derecho de Familia. CAPÍTULO 5: Filiación y patria potestad. Epígrafes 2300 y ss. SECCIÓN 1 Filiación. Epígrafe 2311 (on line).

¹² 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”¹³.

Por su parte, el art. 120 CC especifica las formas de reconocimiento de la filiación no matrimonial.

Sea de un modo o de otro, ello presupone el reconocimiento como padre o progenitor a todos los efectos, porque como ya hemos señalado, no existe una regulación propia y específica sobre el particular en el Estatuto de los Trabajadores. Y ello, se produce, incluso antes de su reconocimiento legal, por la posesión de estado, como expresamente incluye el art. 113 que, además indica que “No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria”. De esta manera, ello ocurrirá desde el momento en el que un sujeto disfruta de determinado estado de familia, con independencia del título legal que lo acredite y así, en materia de familia, como decimos, hay posesión de estado cuando alguien ocupa una determinada situación familiar como la de padre, progenitor o hijo¹⁴. Una situación que se puede corroborar por el título legal correspondiente de acuerdo a lo previsto en el mismo CC y que se mantiene en tanto no se acredite otra situación distinta.

De todo ello se puede concluir lo siguiente: el otro progenitor, al que la madre puede ceder el disfrute del derecho a la suspensión por maternidad y, ser beneficiario, por tanto, del subsidio contributivo regulado en el art. 178 LGSS (que atribuye esa posibilidad independientemente del sexo), será aquél que por razón de la filiación paterna regulada en el Código Civil tenga tal condición y ello mientras que no se acredite una situación contradictoria en virtud de los medios de prueba y los mecanismos de reclamación e impugnación previstos en la misma norma legal.

III. LOS SUPUESTOS COMPLEJOS DE CESIÓN

Ya hemos advertido en el epígrafe anterior que existían una serie de supuestos que revestían cierta complejidad y en los que la madre biológica no iba a hacer uso de la suspensión por maternidad y de la correspondiente prestación de la Seguridad Social y ésta iba a recaer sobre el otro progenitor. Y sin ser una relación exhaustiva, si es ilustrativa de aquellas situaciones que pueden considerarse más complejas.

Antes de dar una respuesta a cada uno de esos supuestos, es preciso construir un planteamiento general, coherente, sistemático y lógico que nos sirva de base común para dar una solución particular a cada uno de las posibles hipótesis que se planteen. En este sentido, si, por una parte, ya se ha reconocido el derecho de la madre (a nivel internacional e interno), por otra, la posible cesión al padre, descansa, como hemos visto, en la coexistencia de diferentes fines dentro del concepto de maternidad, y ello, al amparo del art. 39 CE, implica un mandato a los poderes públicos para la protección de la familia. En este punto concreto, la legislación laboral y de Seguridad Social, prevén

¹³ Al margen de ello, en los arts. 117 a 119 CC se regulan diversas excepciones y matices.

¹⁴ Como expresamente señala la STS (Sala 1ª) de 14 de noviembre de 1992: “la posesión de estado de filiación no es más que una situación residual en que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no le esté reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halle en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la sentencia firme que así lo proclame” (Sentencias, además de otras, de 19 de noviembre de 1985, 10 de marzo y 30 de junio de 1988 y 16 de febrero de 1989), pudiendo afirmarse, consecuentemente, que por posesión de estado debe entenderse aquella relación del hijo con el padre o madre o ambos, en concepto de tal hijo (nomen, tractatus, fama) manifiesta por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública, precisándose en las Sentencias de 4 de mayo de 1964 y 20 de mayo de 1991, que no debe exigirse que los actos reveladores de la posesión de estado sean muy numerosos, ni practicados absolutamente con plena publicidad, cuyo criterio resulta bien acertado pues no cabe desconocer el relativismo que implica la cuestión, dependiendo, en cada caso, de las circunstancias concretas recurrentes, y en este orden de cosas, es evidente que la posesión de estado habrá de durar cierto tiempo, variable según los casos, sin que sea incompatible con alguna interrupción, y no requiere, necesariamente, una existencia actual al momento de ser invocada, siendo suficiente su constancia en un próximo pasado. Pues bien, como el conjunto de circunstancias fácticas, relacionadas en el fundamento de Derecho segundo de la sentencia recurrida, llevaron al Tribunal a quo a la estimación de que existía una posesión de estado, en una interpretación racional y lógica de aquellas circunstancias, es de concluir que el meritado Tribunal incurrió en la infracción denunciada en el motivo, lo que origina su perecimiento”.

tanto el derecho a la suspensión, como el del disfrute a la prestación que sustituya la carencia de rentas del trabajo. Todo ello, a favor de la conciliación, de garantizar el cuidado del recién nacido y, en consecuencia, velando por el interés del menor.

Es, por tanto, la finalidad de tutela sobre el interés del menor, lo que debe servir como directriz para la correcta interpretación de quién debe disfrutar de aquellos derechos -laborales y de Seguridad Social- que permitan la debida atención al neonato. Para ello puede seguirse, esencialmente, las pistas que la jurisprudencia aporta al respecto. En tal caso, y utilizando como referencia una sentencia del TS con ocasión del reconocimiento al derecho a mantener (o no) el subsidio para el cuidado de menores enfermos (STS 2471/2018, de 12 de junio, en su FJ 3º), podemos sugerir que para analizar y dar respuesta a cada uno de las situaciones en las que se pretenda garantizar la protección de la familia, se puede plantear el siguiente esquema en relación a la normativa aplicable:

1. Normas protectoras del menor
 - El art. 39.3 CE en tanto prescribe que "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad (...)".
 - Asimismo, resulta de obligada consideración el principio consagrado en el art. 2.1 LO 1/1996, de 15 de enero, según el cual las medidas relativas a los hijos deben adoptarse siempre bajo su interés y beneficio, que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.
2. Código Civil.
 - Arts. 108 y ss. respecto a la filiación;
 - "Entre el conjunto de deberes inherentes a la patria potestad a ejercitar conjuntamente por los dos progenitores, se encuentra el de velar por ellos (art. 154.1º CC)..."
3. Estatuto de los Trabajadores.
 - Arts. 45 d) y 48.4.
4. Ley General de la Seguridad Social.
 - Arts. 177 y ss.
5. Real Decreto 295/2009, de 6 marzo
 - Especialmente los arts. 3, 8 y 9.

Y, según el análisis de la referida normativa, el fundamento jurídico 4º de la misma resolución judicial señala que "la solución dada por la sentencia impugnada no parece compatible con una interpretación basada en el interés prevalente del menor, pues no fomenta su integración con el progenitor no custodio que... está en mejores condiciones de prestarle toda la atención que precisa, sin tener que compatibilizarla con el desarrollo de la actividad laboral. Por otra parte, y en conexión con lo anterior, si acudimos al criterio de la realidad social, la tendencia creciente es que ambos progenitores... compartan de manera efectiva el cuidado de los hijos comunes..."

Es más, no hacerlo así supondría una diferencia de trato que no tendría cabida en el marco del art. 14 CE y que ha sido puesto de manifiesto para situaciones que se pueden entender análogas como ya lo ha planteado el TS en alguna ocasión en los que se ha tenido en cuenta la figura del progenitor y el interés del menor¹⁵.

En este orden, y aunque de manera retirada la jurisprudencia comunitaria ha entendido que en los supuestos de maternidad subrogada no supone una discriminación por razón de sexo el que una empresa deniegue la suspensión por maternidad a una trabajadora que ha sido madre en virtud de un contrato de gestación por subrogación, los Estados miembros no están obligados a conferir un

¹⁵ V.gr. STS 5525/2008, de 24 de septiembre.

permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, y el hecho de que un empleador le deniegue un permiso de maternidad no constituye una discriminación basada en el sexo; nuestra jurisprudencia interna viene a entender que no se opone a lo anterior el reconocimiento del Derecho de la UE como un umbral mínimo y, a partir del mismo, considerar que no otorgar el derecho a la suspensión en estos casos, sería discriminatorio para el menor por razón de afiliación. Pero repasemos esta interpretación jurisprudencial con más detalle¹⁶.

En primer lugar, el “contrato de gestación por sustitución puede ser definido como aquél por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. El artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, lo declara nulo de pleno derecho y añade que, en estos supuestos, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”¹⁷. No obstante, la realidad social no acompaña a esta previsión y aunque en nuestro país no se reconozca esta posibilidad, se está acudiendo a terceros países en los que si se admite, si bien, la cuestión es que la inscripción registral se plantea en España, al igual que el posible disfrute de derechos. Quedando superada la primera de las cuestiones y admitida la primera de ellas –la inscripción registral en nuestro país¹⁸–, el debate se ha suscitado, en relación al tema que nos ocupa, cuando la gestión se lleva a cabo fuera de nuestro país y la madre renuncia a cualquier derecho sobre el menor en el contexto del contrato de gestación subrogada o, simplemente, no se reconoce su filiación. En éste caso, la madre no disfruta del derecho que pudiera corresponderle, pero, el menor debe verse atendido, por lo que, tanto la doctrina de los TSJ –v.gr. STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2016– como el TS en las citadas sentencias, han venido a reconocer el derecho del padre monoparental tiene derecho a percibir la prestación correspondiente al subsidio por maternidad.

Todo ello al amparo de los razonamientos que se han puesto en liza por el TS, que, entre las más recientes, dispone en la STS 1242/2018, de 22 de marzo que: “En las STS/4ª Pleno de 25 octubre 2016 (rcud. 3818/2015) y 16 noviembre 2016 (rcud. 3146/2014), seguidas por otras posteriores¹⁹, hemos señalado, en síntesis, lo siguiente:

1º) Las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y al mandato del art. 39 de la Constitución (CE), relativo a la protección a la familia y a la infancia, designio que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella» (art. 3.1 del Código Civil -CC -).

2º) La suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación por maternidad constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el padre/madre y el hijo durante el periodo posterior al nacimiento, por lo que esta situación ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento; con independencia de que la maternidad subrogada no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas, pugnando con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a los menores.

¹⁶ Vid. por ejemplo: PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. “Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad. (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016)”. Aranzadi digital num.1/2017 parte Estudios y comentarios, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2017 (BIB 2017\57 on line).

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ En virtud de la STEDH de 26 de junio de 2014 se considera que denegar la inscripción de la filiación de un menor nacido por gestación por sustitución supone una violación del artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y, en consecuencia, cumpliendo determinados requisitos se admitirá ésta. Vid. Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014.

¹⁹ V.gr. STS 4707/2017, de 22 de noviembre.

3º) Cuando el padre legal está materialmente al cuidado del menor, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a la protección de la maternidad.

4º) En todo caso, la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no puede perjudicar la situación del menor”.

Y todo ello, porque como hemos adelantado, puede suponer un supuesto de discriminación del menor por razón de la filiación.

En conclusión, para los supuestos de maternidad subrogada se reconoce no tanto por cesión, sino por una interpretación a favor del menor, el disfrute del derecho a la suspensión y a la prestación correspondiente, de acuerdo a una interpretación en favor del interés del menor y de acuerdo con las prescripciones e indicaciones que establezca el INSS para el acceso a la prestación de acuerdo a la interpretación de la jurisprudencia citada y de la normativa vigente –LGSS y RD 295/2009-. Indicaciones que quedan señaladas en las Consultas del INSS núm. 29/2016, de 29 de diciembre de 2016 y la ampliación de la misma en la núm. 4/2017, de 20 de febrero²⁰.

En lo que respecta a los problemas que puede plantear el matrimonio de dos personas del mismo sexo, cuando nos referimos concretamente a mujeres y una de ellas es objeto de una inseminación artificial, teniendo en cuenta que la misma, como madre, sería titular de un derecho a la suspensión al contrato por ese motivo -más la prestación de Seguridad Social-, es también titular al derecho a ceder su disfrute que, como en el resto de situaciones y por aplicación de la normativa vigente estudiada, correspondería al otro progenitor.

Pero, obviamente, en este supuesto concreto tenemos que tener presente varias circunstancias. En primer lugar, que el cónyuge, en este matrimonio de carácter homosexual, no podrá ser el progenitor biológico. En segundo lugar, que debe seguirse atendiendo al interés del menor y a la protección de la familia. Y, en tercer lugar, que para resolver el problema debemos atender a dos preceptos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. De un lado, que el art. 5 establece el carácter confidencial de la donación, por lo que no cabe la determinación del padre biológico y, de otro, que el art. 7.3, en virtud de la redacción dada por la disposición final quinta de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, estable que “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

De este modo, la cesión al otro progenitor queda perfectamente delimitada por cuanto que aquella atribución de la filiación le confiere aquella condición.

Por último, habíamos apuntado tres supuestos ciertamente complejos pero que a la luz de lo analizado deberían tener una solución relativamente sencilla. Y siempre acudiendo al mismo elemento de referencia: el interés del menor.

Recuérdese que nos centrábamos, de manera concreta en: a) la posible coexistencia de un padre legal y uno biológico siendo atribuido el disfrute el derecho al primero pero reclamándolo el segundo; b) atribución a la madre a un progenitor extramatrimonial sin que conste la situación de pareja de hecho ni reconocimiento de la filiación; c) atribución de la madre a quién reconoce como padre biológico aun existiendo una filiación parental respecto de su cónyuge, en lo que se refiere al posible disfrute de la prestación contributiva de maternidad por cesión.

²⁰ Pueden consultarse de manera íntegra en:
www.seg-social.es/descarga/221035 o
<http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/fb6f7be5-03be-4410-ba97-c04405013b2a/Consulta+29-2016.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>
www.seg-social.es/descarga/222600 o
<http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/9738f882-668f-4e7f-bace-3f4d4103d0b1/Consulta+4-2017.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>

La solución pasa por la aplicación directa de los arts. 108 y 113 CC. Y especialmente la posesión de estado. En este sentido, “Existe posesión de estado cuando dos personas, se comportan, de hecho, como padre (madre, en su caso) e hijo. Condición que se cumple cuando el hijo lleva el apellido del padre y el trato entre ambos es el propio de la relación paterno-filial, tratándose de una relación pública, conocida en el entorno social de padre e hijo”²¹. Esa posesión de estado se puede corresponder con un título de estado como el derivado de la inscripción registral. De esta forma, únicamente se podría realizar la cesión del derecho a la suspensión por maternidad y, en consecuencia, sería beneficiario de la prestación correspondiente quién, de acuerdo al art. 113 CC tiene reconocida la filiación que, como ya se ha comentado, añade que “No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria”.

Por ello, para reconocer el carácter de progenitor paterno de un sujeto concreto que pueda disfrutar de los derechos socio-laborales, se tendrá en cuenta la posesión o título de estado mientras no se discuta, por los medios y procedimientos previstos expresamente en el CC, la verdadera filiación y, consecuentemente, el verdadero progenitor. Más aún si tenemos presente que el art. 39 CE protege, expresamente, la posibilidad de comprobar la paternidad biológica.

Así, cuando el cónyuge de la mujer trabajadora -que le cede el derecho a la suspensión-, ha reconocido legalmente al hijo de aquella, opera la presunción del art. 116 CC y, por tanto, se entenderá, en tanto no se demuestre otra cosa, que éste es el progenitor a todos los efectos. Y ello impedirá la válida atribución de la madre a quién reconoce como padre biológico aun existiendo una filiación parental respecto de su cónyuge, en tanto no conste, siguiendo la vía correspondiente, su condición de progenitor frente a la filiación matrimonial -considerando, además, que el art. 122 señala que “Cuando un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente”-. Misma solución que cabría cuando se contemple el posible disfrute de la prestación contributiva de maternidad por cesión a un progenitor extramatrimonial sin que conste la situación de pareja de hecho ni reconocimiento de la filiación. Prestación que no debería ser reconocida en tanto no exista un proceso en el que se acredite formalmente la condición de progenitor.

²¹ COSTAS RODAL, L. “Nuevo pronunciamiento jurisprudencial en materia de legitimación del progenitor no matrimonial para reclamar su paternidad cuando falta la posesión de estado”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.1/2015 parte Comentario, Editorial Aranzadi, 2015 (BIB 2015\719 on line).

